



"Les moyens d'ordre public dans le contentieux communautaire"

Rady, Waël

Abstract

Le sujet de ma thèse est les moyens d'ordre public dans le contentieux communautaire, c'est une étude qui tend à étudier les principaux moyens d'ordre public en droit communautaire et leurs caractéristiques. Les moyens d'ordre public sont divisés normalement en deux catégories principales : les moyens d'irrecevabilité et les moyens de fond. Si on commence par les moyens d'ordre public d'irrecevabilité des recours, on doit constater que son étude nous a permis d'affirmer que tout moyen relatif à la recevabilité n'est pas nécessairement d'ordre public, comme l'affirment certains auteurs. Ce sont uniquement ceux qui représentent une importance particulière pour des raisons relatives à l'organisation judiciaire. Les moyens d'ordre public de fond sont regroupés autour de deux moyens : l'incompétence et la violation des formes substantielles. L'incompétence de l'auteur de l'acte communautaire, malgré son importance, ne recouvre pas beaucoup de moyens. Il s'agit uniq...

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Rady, Waël. *Les moyens d'ordre public dans le contentieux communautaire*. Prom. : Lejeune, Yves

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT

**LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC
DANS LE CONTENTIEUX
COMMUNAUTAIRE**

Dissertation présentée pour le doctorat en droit

par Wael RADY

PREMIERE PARTIE

Mai 2005

TITRE PRÉLIMINAIRE

L'ORDRE PUBLIC ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

« L'ordre public ». Grand mot, mystérieux, impérieux¹ et prophétique² qui a entraîné des générations et des générations de juristes dans un cercle vicieux, sans qu'ils ne réussissent à le cerner ou à le définir. Comme l'a si bien dit Paul Valéry, « *L'ordre public c'est un de ces mots qui se chante plus qu'il en parle* »³. Pour de nombreux auteurs, la définition de l'ordre public revêtirait un caractère très ambigu. Selon la belle expression de Burrough, « *Chercher à définir la notion d'ordre public, ce serait enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte* »⁴. Ghestin a parlé de l'ordre public comme d'une notion particulièrement fuyante, qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise⁵. En Belgique, De Harveng, trouvait que c'est une notion difficile à définir, et même insaisissable⁶.

La notion d'ordre public est complexe. Il faut demeurer prudent en tentant de la définir⁷. Si la notion revêt un caractère extrêmement complexe, cela s'explique principalement par son caractère flou et variable. C'est une notion mouvante, variable dans le temps et dans l'espace. Elle est étroitement liée à l'évolution des valeurs et des intérêts primordiaux dont dépend l'organisation économique, morale et sociale d'une société. Elle ne s'arrête pas donc à des exigences abstraites⁸. Comme Collin et Capitant l'ont observé à juste titre : « *Il y a là en effet une notion qui traduit la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles ; ce n'est peut être qu'une notion souple, car elle doit s'adapter à la complexité des intérêts*

¹ Paul Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 1962, p. 5.

² Philippe Malaurie, *L'ordre public et le contrat. Études de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, Reims, 1953, p. 39.

³ Cité par Jean-Luc Pissaloux, « *Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* », *R.D.P.*, 1999. p. 781-794, sp. p. 784.

⁴ Richardson v. Mellish (1824). 2 Bing.C, p. 252.

⁵ Jacques Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Ch. Pereleman et R.Vander Elst, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.

⁶ Pierre de Harveng, « *Contribution à l'étude de la notion d'ordre public* », *R.C.J.B.*, 1954, p. 259-266, sp. p. 259. Pour d'autres, il s'agit d'une notion qui doit se sentir bien plus que se définir (J. Falys, *Introduction aux sources et principes de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981. p. 189).

⁷ Henri Capitant, *Introduction à l'étude de droit civil*, Paris, A. Pédone, 1929, n°32.

⁸ Etienne Picard, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen de 11 et 12 mai 2000 (Dir. Marie-Joëlle Redor). Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 17-61, sp. p. 23.

sociaux et à la multiplicité des formes des activités individuelles, et tenir compte des changements qui peuvent à tout moment se produire dans l'importance respective des besoins de défense sociale ou de la nécessité qu'il y a à reconnaître aux individus une plus ou moins large »⁹.

En outre, c'est une notion hétérogène, difficile à être encadrée. D'après la majorité de la doctrine, l'ordre public traduit des règles et des contenus différents dans chacune de ses interventions¹⁰. *C'est un concept aux multiples facettes, contenant aux multiples contenus, contenu aux multiples contenant*¹¹. Dans chaque branche du droit, l'ordre public vise des règles différentes.

Dans le cadre du droit communautaire, s'il est vrai que cette notion reste aussi imprécise, évolutive et plastique, il n'en reste moins qu'elle revêt un caractère spécifique dans la mesure où son acception est plus réduite que dans les droits nationaux. En effet, dans le contexte communautaire, la notion d'ordre public n'est pas comparable à celle qui existe en droit interne. Comme on va l'étudier ultérieurement dans cette introduction, cette notion ne se manifeste que sous un certain aspect, limité à l'activité administrative et normative des institutions communautaires¹². A l'exception des règles d'ordre public régissant le fonctionnement du contentieux communautaire, le reste des règles d'ordre public communautaire ont uniquement pour fonction d'imposer aux institutions communautaire le respect de certains principes fondamentaux du droit communautaire administratif. Ces règles sont destinées principalement à lier la volonté de l'administration communautaire et non les citoyens européens. C'est une notion du droit public communautaire qui manque de cet aspect social propre à la notion dans le droit national ; elle n'est pas étroitement liée aux valeurs sociales d'une société déterminée.

⁹ Ambroise Collin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1934, p. 10.

¹⁰ Alain-Charles Van Gysel et Jean-François Romain, « L'ordre public entre Hétérogénéité et Homogénéité », in *L'ordre public : concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 307-325, sp. 308.

¹¹ Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et droit communautaire », *Recueil Sirey*, Paris, 1993, p. 182.

¹² Voir pour la justification de cette affirmation *infra* chapitre III, Section 3, p. 56.

Toutefois, s'il ne fait aucun doute que cette notion existe en droit communautaire, il s'avère difficile de l'identifier directement à partir de la jurisprudence communautaire. Il faut admettre que les arrêts qui consacrent une règle en la qualifiant d'ordre public communautaire sont presque inexistantes. A l'exception de très rares exemples, l'observateur remarquera certainement que le terme « ordre public communautaire » ou même seulement « ordre public » (employé dans un contexte communautaire) n'a été prononcé par le juge communautaire qu'à de très rares occasions, qui ne peuvent servir de base d'étude à l'étude de la notion¹³.

Le juge communautaire ne va pas qualifier une règle d'ordre public, mais il qualifiera toujours des moyens comme étant d'ordre public ou bien il les soulèvera d'office. La notion d'ordre public n'est consacrée dans le contentieux communautaire que par le biais des moyens d'ordre public. Il est donc permis de dire qu'un moyen d'ordre public est toujours la traduction d'une règle d'ordre public. Ce n'est pas une sorte de notion procédurale de l'ordre public communautaire, c'est l'aspect de l'ordre public communautaire transposé au cours d'un procès.

La réception de cette notion procédurale dans le contentieux communautaire peut sembler être un indice incontestable de l'existence d'un ordre public communautaire, même si celui-ci n'a pas été consacré expressément par la jurisprudence de la Cour, puisque le caractère d'ordre public de ces moyens est imputé directement à des règles particulières

C'est donc pour cette raison que nous avons préféré étudier directement la notion des moyens d'ordre public en droit communautaire plutôt qu'étudier la notion de l'ordre public elle-même. La notion de moyen d'ordre public présente la même complexité que la notion d'ordre public. Elle est aussi imprécise et difficile à définir. A cet égard, il est difficile de dresser une

¹³ C.J.C.E., ordonnance du 22 juin 1965, San Michele/Haute Autorité, c-9/65, *Rec.* 1967, p. 35. Voir *infra* Section 3, § 1^{er}.

liste complète et invariable des moyens d'ordre public. D'ailleurs, dans le contexte communautaire, cette liste ne peut s'avérer complète, compte tenu du caractère récent de la jurisprudence communautaire et de l'inachèvement de la construction européenne.

C'est à l'étude des principaux moyens d'ordre public communautaire et à l'examen de leurs caractéristiques que le présent ouvrage est consacré. Avant d'aborder cet examen, il convient toutefois de définir, la notion d'ordre public en droit communautaire (Chapitre II) et la notion de moyen d'ordre public dans le contentieux communautaire (Chapitre III). Il s'avère cependant indispensable de définir, tout d'abord, la notion d'ordre public dans les ordres juridiques des Etats membres, dans ses différents sens, afin de bien déterminer les caractéristiques de la notion d'ordre public communautaire par rapport à la notion connue en droit interne. Nous allons rechercher cette conception dans les trois principaux systèmes juridiques des Etats membres : les systèmes français, anglo-saxon et allemand (Chapitre I^{er}).

CHAPITRE I^{er}

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE

Si l'ordre public, en général, a pour fonction de qualifier les normes qui revêtent une importance particulière dans la hiérarchie de l'ordre juridique, en raison de la volonté même du législateur¹⁴, cependant, il est manifeste que cette notion ne s'enferme pas dans une seule conception. Elle peut révéler différentes conceptions en fonction du contexte juridique dans lequel elle est employée. De manière très générale, on peut constater l'existence de deux conceptions principales de l'ordre public dans les principaux droits des Etats membres de l'Union européenne : la première et sous laquelle l'ordre public est compris généralement, est normative. Elle indique les règles supérieures auxquelles les relations juridiques des particuliers ne peuvent pas déroger (section 1). L'autre conception a une portée matérielle. Elle est principalement comprise dans le sens de la préservation de l'ordre dans les lieux publics ou accessibles au public. Cette conception de l'ordre public s'applique notamment dans le cadre de l'activité de la police administrative (section 2).

SECTION 1. LA CONCEPTION NORMATIVE DE L'ORDRE PUBLIC

§ 1^{er}. Définition

Les lois des Etats membres de l'Union européenne n'offrent aucune définition de la notion normative de l'ordre public. Ils se contentent de désigner l'ordre public comme étant un ensemble de règles que les contrats ne peuvent enfreindre, sans toutefois en préciser le contenu.

¹⁴ Alain-Charles Van Gysel et Jean-François Romain, *précité*, p. 324.

C'est le cas en France où l'article 6 du Code civil dispose qu'on « ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁵. La jurisprudence française, la plupart du temps, ne fait que relever les principes d'ordre public dans les différents domaines du droit. Elle en fait un très grand usage, sans toutefois nous en procurer une définition abstraite¹⁶. C'est la doctrine qui s'est chargée de formuler des essais de définition de cette notion.

La principale définition de l'ordre public dans la doctrine française est celle qui a été proposée par M. Malaurie. L'ordre public, selon celui-ci, constitue *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité*¹⁷. Une doctrine dominante en France s'accorde, cependant, à considérer que la notion d'ordre public est étroitement liée à l'idée d'intérêt général sans qu'elle n'en soit l'équivalent^{18 19}. D'autres auteurs, comme Carbonnier,

¹⁵ L'article 6 du code civil Belge reprend la même formule du code civil français, il dispose qu'« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁶ Cependant, la jurisprudence administrative française offre parfois quelques définitions. Dans l'arrêt *Finland*, le Conseil d'Etat a défini l'ordre public substantiel comme « *L'ensemble des règles et principes et institutions qui sont à la base du système répressif français, parce qu'ils constituent l'expression ou la mise en œuvre des principes supérieurs comme le principe de souveraineté de l'État* » (CE., 27 fév. 1987. D. 87, 305).

¹⁷ Philippe Malaurie, *précité*, p. 65. Cette définition est parfois considérée comme vague et très large (*Les Nouvelles*, Corpus juris belge, Droit civil, t. IV, n°1226).

¹⁸ Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 355. La définition de Ghestin est inspirée de Planiol qui définit l'ordre public comme une disposition inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si le particulier était libre d'empêcher l'application de la loi. (Marcel Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1947, p. 15). Nous estimons, cependant, qu'il est difficile de considérer l'intérêt général comme le seul critère de la définition de l'ordre public. Il n'est pas, en effet, facile de distinguer ce qui est d'intérêt général de ce qui est d'intérêt privé. Ceci est dû à la complexité accrue dans les relations sociales et économiques entre les sujets de droit public et privé. D'une part, ce qui est d'intérêt public tend souvent à réaliser parallèlement des intérêts privés. D'autre part, ce qui est d'intérêt privé peut parfois aussi concourir à la réalisation d'une politique générale (exemple : les lois sur les accidents de travail).

¹⁹ D'autres définitions procurées par la doctrine tendent à souligner l'importance de la règle d'ordre public aux yeux de la société. Selon André Heurté, la notion d'ordre public constitue ce minimum d'organisation, d'autorité, que les juridictions, tant civiles qu'administratives, doivent préserver coûte qui coûte (André Heurté, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative française », *R.D.P.*, 1953, p. 615). C'est une norme de nécessité (Etienne Picard, *La notion de police administrative*, Paris, L.G.D.J., 1984, T.II., p. 534). Il a été également défini comme ce qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou de l'existence même de la société (L. Lussier, « L'ordre public et la police sanitaire au Québec », *Mélanges Jean Mary-Aubey*, Paris, Dalloz, 1992, p. 608). On définit également comme tout ce qui touche l'organisation politique, familiale, économique, tout ce qui réalise « l'ordre dans l'Etat » (Marcel Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire du droit civil*, Paris, Sirey, 1948, p. 47).

définissent l'ordre public comme ce qui exprime le vouloir-vivre collectif de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrat²⁰.

En tout état de cause et quels que soient les différentes expressions employées par la doctrine française, tous s'accordent sur le fait que la conception normative de l'ordre public exprime d'une manière générale la supériorité de certaines règles à la base de l'organisation de la société²¹. Ces règles constituent *la matière première*²² à toute organisation sociale, économique et morale. Elles représentent une importance cruciale dans l'ordre juridique interne pour tous les membres de la société.

En ce sens, l'ordre public exprime directement la nature du régime politique en vigueur, dont il entend faire régner l'ordre dans les relations juridiques dans l'Etat²³. C'est par la voie de l'ordre public que les pouvoirs politiques arrivent à protéger les institutions principales de la société et à réaliser leur politique sociale et économique. Cependant, si l'ordre public reflète en partie les idées du régime politique du moment²⁴, il ne constitue pas le prolongement du droit public dans le cadre du droit privé. Nombreuses sont les dispositions de droit privé qui revêtent un caractère d'ordre public étant donné qu'elles participent à une politique générale de la société. Le législateur a tendance à utiliser le concept de l'ordre public, *non seulement pour défendre l'intérêt général supérieur, mais aussi pour formaliser des compromis sociaux ou professionnels et protéger des intérêts sectoriels ou fractionnels*²⁵.

²⁰ Jean Carbonnier, *Droit civil*, Paris, P.U.F., 1969, T. 2, p. 140.

²¹ Léon Julliot de la Morandière, « L'ordre public en droit privé », *Loc. cit.*, Selon l'auteur, cette supériorité est due à la supériorité de la collectivité sur l'individu. Les règles qui réalisent l'intérêt de la société doivent être préférées à une règle qui protège un intérêt individuel.

²² W. Lienhard, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 2.

²³ *Id.*, p. 23.

²⁴ Philippe Pascanu, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations civiles*, Paris, Librairie Juridique. Ancienne. Moderne, 1937, p. 8.

²⁵ Alain Plantey, « Définition et principe de l'ordre public », in *L'ordre public*, Paris, P.U.F., 1995, p. 30. On voit par exemple que l'intervention accrue de l'État dans la réglementation des relations privées, a revêtu beaucoup de règle du droit privé à un caractère d'ordre public. Le courant dirigiste qui a commencé à s'installer au début

Bien que le droit anglais ne se soit pas hasardée à une définition abstraite de cette notion²⁶, l'ordre public en Angleterre ou *Public Policy* est entendu dans le même sens de l'expression des principes fondamentaux de la communauté, reconnu en France. Cette notion est associée en Angleterre à l'idée de l'intérêt public : « tout ce qui porte préjudice aux intérêts du public est contraire à la *Public Policy* »²⁷. Le *Public Policy* trouve ses origines dans la notion des actes nuisant à la société : « *The principles under which freedom of contract or private dealings is restricted by law for the good of the community* »²⁸. La doctrine anglaise considère que l'intérêt général constitue un critère permanent de la règle d'ordre public. En droit anglais, toute règle, même impérative, qui ne réalise pas un intérêt général n'est pas d'ordre public ; elle s'appelle alors « *statute of protection* ».

La violation du *Public Policy* est considérée en droit anglais comme une forme d'illégalité de l'acte juridique. L'illégalité en *Common Law* frappe tout acte juridique prohibé par un *Statute*, la moralité ou le *Public Policy*. Les actes qui portent atteinte à des dispositions autres que celles du *Public Policy*, ne sont pas illégaux, mais simplement *Void*²⁹. Cependant, la notion de *Public policy* à un sens plus étroit au regard des juristes anglais que l'ordre public en France, car il s'agit d'une notion exclusivement judiciaire³⁰, qui est limitée par les précédents que les juges établissent³¹.

du XXe siècle, avait même envahi la totalité des pays de l'Europe de l'Est avant la chute du Mur de Berlin. Face aux misères sociales créées par le libéralisme, les gouvernements européens ont adopté de nombreuses législations qui avaient pour objet de protéger les catégories sociales affectées. Une grande partie des dispositions de ces lois a été considérée comme d'ordre public, notamment les dispositions qui étaient considérées comme indispensables à la réalisation de la politique sociale interne.

²⁶ Elle s'est plutôt contentée de définir les contrats qui menacent l'ordre public anglais.

²⁷ Tindal C. J. in *Hirner v. Graves* 7 Bing, 735. Cité par Ph. Malaurie, *précité*, p. 262.

²⁸ Earl Jowitt, *The Dictionary of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1954, p. 1439.

²⁹ Cheshire and Fifoot, *Law of contracts*, ninth edition, London, Butterworth, 1976, p. 285.

³⁰ Philipe Malaurie, *précité*, p. 65.

³¹ Toutefois, la jurisprudence anglaise témoigne une tendance révolutionnaire contre la restriction opérée par les précédents. Ainsi, dans l'affaire *Initial Service. V. Putterill*, il a été jugé qu'une convention passée par un directeur ayant pour objet une obligation de s'abstenir de révéler certaines informations contraires au *Public Policy*, bien qu'il n'existe pas des précédents à cet égard (Court of appeal [1968] 1 Q.B.396, tiré de P. S. Atiya et M. A BCL, *The law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 221).

En Allemagne, la notion d'ordre public a été éliminée du BGB durant les travaux préparatoires en raison de son caractère trop abstrait³². Elle a été ensuite supplantée par la notion de bonnes mœurs³³. Aux termes de l'article 138,1 du BGB, « *un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul* ». Le BGB n'a pas donné, cependant, une définition du terme « bonnes mœurs ». La jurisprudence allemande ne s'est pas hasardée non plus à proposer des essais de définition de cette notion ; elle s'est contentée de préciser quels en sont les caractères principaux. Le *Reichsgericht* a précisé que les bonnes mœurs se réfèrent « *aux sentiments de ce qui est convenable aux yeux de tous les gens qui pensent justement et équitablement* »³⁴.

Cependant, les *gute sitten* ou bonnes mœurs, en droit allemand, n'ont pas le même sens qu'en droit français. La notion ne vise pas seulement la morale sexuelle en tant que telle, mais tout ce qui est équitable et juste. Elle comporte tout principe fondamental inhérent à l'ordre juridique interne³⁵. La notion de « *gute Sitten* » correspond en effet à l'intégration de la notion d'ordre public dans la notion de bonnes mœurs, une notion liée à la morale, imprécise, évolutive et difficile à intégrer totalement dans des textes légaux³⁶. L'observateur de la

³² Zeno Oprea, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Paris, Rousseau, 1935, p. 46. On constate que les travaux préparatoires du B.G.B parlaient de la notion de l'ordre public avec les bonnes mœurs, mais dans sa révision devant la seconde commission de rédaction, ce concept fut jugé très dangereux et il fut écarté (Philippe Malaurie, *précité*, p. 11).

³³ Anne Meinertzhagen-Limpens, « *Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé* », in *L'ordre public : concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 60.

³⁴ BGH 29 Sept 1977, BGHZ, 69.295.297, cité par Michel Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1993, p.82.

³⁵ Claude Witz, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, p 218. Voir en ce sens Michel Pédamon, *précité*, p. 82.

³⁶ Les bonnes mœurs, en droit allemand, s'appliquent dans tous les domaines de la vie sociale. Le droit économique représente le champ d'application principal de ces règles, notamment en matière de la protection des principes de la libre concurrence et de la liberté économique des contractants. L'application des bonnes mœurs dans ce domaine découle du principe du respect de relations commerciales honnêtes. En matière de morale sexuelle, la violation des bonnes mœurs entraîne l'annulation des conventions ayant pour objet l'exploitation des prostituées. Sont aussi condamnées, les conventions qui tendent à favoriser les relations hors mariage (BGH 8. 1. 1975).

jurisprudence allemande ne peut ignorer le fait que cette notion est le plus souvent mise en œuvre dans des domaines qui, en droit français, ressortissent de l'ordre public³⁷.

En conclusion, les notions de bonnes mœurs en Allemagne, d'ordre public en France et de *Public Policy* en Grande Bretagne, quoi qu'il peut exister certaines différences dans l'étendue de leur application, ils reflètent une idée plus ou moins identique : la traduction des *valeurs dont la mise en œuvre est imposée par l'esprit de l'ordre juridique en vigueur, en sorte que la reconnaissance en droit de l'acte juridique qui méconnaît ces valeurs est incompatible avec le sens et la finalité du droit*³⁸. Ces valeurs sont si essentielles pour la survie de la société qu'on ne pourrait permettre aux sujets du droit d'y porter atteinte par aucun acte juridique.

§ 2. Fonction de l'ordre public normatif

Dans les droits nationaux qu'on vient d'examiner, on remarque clairement que l'ordre public, dans son sens normatif, impose l'harmonie au sein de ces ordres juridiques. Il constitue en quelque sorte une police juridique³⁹ qui établit la sécurité dans les rapports de droit. La notion d'ordre public assure une application sans heurts des lois.

L'ordre public se voit donc doté d'une fonction négative. Il empêche l'application des conventions individuelles qui tendent à porter atteinte aux institutions fondamentales de la société : l'Etat, la famille, les mœurs.⁴⁰ L'ordre public normatif limite la liberté dont les sujets de droits pouvaient jouir avant qu'il ne s'impose. Il constitue ainsi une réserve de l'ordre

³⁷ Dahmane Ben Abderrahmanne, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 169.

³⁸ W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol 2, Springer, Berlin, 1979, cité par Anne Meinertzhagen-Limpens, « Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé », *précité*, p. 61.

³⁹ Paul Bernard, *précité*, p. 222.

⁴⁰ Léon Julliot de la Morandière, « L'ordre public en droit privé », in *Mélanges Henri Capitant*, loc. cit.

juridique à l'égard de la volonté individuelle⁴¹. *Il s'agit de renforcer le caractère impératif de la loi pour limiter la liberté contractuelle et imposer au juge le devoir de sanctionner certains manquements*⁴². Ce caractère négatif de la règle d'ordre public n'est pas seulement opposable aux particuliers dans le cadre du droit privé; il s'impose également aux différentes autorités publiques dans le cadre de leur activité. L'ordre public normatif, constitue, dans le cadre du droit public, une sorte de chaîne au cou de l'administration qui l'empêche d'adopter des actes entachés d'un vice d'ordre public. Dans le cas où l'administration prend ce risque, ces actes pourront être facilement attaqués devant le juge qui n'hésitera pas à décider leur annulation.

Il s'impose également d'une manière négative aux plaideurs en justice. Les justiciables se voient obligés de respecter certains règles normatives fondamentales régissant la recevabilité de leur action, faute de quoi elles seraient déclarées irrecevables⁴³.

Le caractère négatif qui est attaché à la règle d'ordre public, n'est pas une exclusivité de cette dernière. Il pourrait valoir pour toute règle de droit. La spécificité de la règle d'ordre public réside dans le fait qu'elle anéantit toute forme de volonté contraire.

Pourtant, en droit économique contemporain, l'ordre public n'intervient pas d'une manière aussi absolue. L'objectif n'est pas d'annuler intégralement le contrat contraire à l'ordre public, mais de l'adapter à l'ordre économique en vigueur, en annulant la clause contraire à l'ordre public sans toucher au reste du contrat. La fonction principale de l'ordre public dans ce contexte est de préserver la stabilité économique et de réaliser un progrès économique. Dans le cadre économique, le contrat est considéré comme un instrument qui participe à la

⁴¹ François Rigaux, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, éditions Vie ouvrière, 1974, p. 163.

⁴² Alain Plantey, « Définition et principe de l'ordre public », *précité*, p.31.

⁴³ Ces différentes règles d'ordre public, en raison de leur nature spécifique et le contexte procédural dans lequel elles s'appliquent, sont reconnues souvent sous le nom de l'ordre public procédural ou la notion procédurale de l'ordre public (Voir en ce sens, Paul Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J, 1962, p. 169).

réalisation des plans économiques de la société. S'il s'éloigne de son objectif, il ne s'agira pas de l'anéantir, mais de le bien diriger.

Enfin, dans le cadre du droit international privé, en matière de conflit de lois, l'ordre public joue un rôle comparable à celui qu'il joue en droit public ou privé. Il est aussi négatif, mais son objet est différent. L'ordre public intervient ici pour faire prévaloir la loi du for à l'encontre d'une loi étrangère. Il convient cependant de faire remarquer que le caractère négatif de l'ordre public, dans le cadre du droit international privé, est plus souple qu'en droit privé, car les juridictions nationales se montrent d'habitude moins strictes à l'égard de l'application d'une loi étrangère sur le territoire national. Elles peuvent accepter l'application d'une loi étrangère qui est contraire à l'ordre public interne⁴⁴. Le domaine d'intervention de l'ordre public en droit international privé s'avère donc plus étroit qu'en droit interne⁴⁵.

SECTION 2. LA CONCEPTION MATÉRIELLE DE L'ORDRE PUBLIC

§ 1^{er}. Définition

La conception matérielle de l'ordre public proprement dite désigne principalement l'ordre externe et matériel de la société. L'ordre public évoqué par cette conception consiste dans le maintien de l'ordre dans les lieux publics ou ouverts au public, le maintien d'un certain niveau d'ordre indispensable pour l'organisation matérielle de la vie sociale. Dans ce contexte, l'ordre public constitue une garantie nécessaire dans l'Etat ; la préservation de la paix civile. Il n'est pas l'équivalent de l'intérêt général. Bien que ce dernier soit présent dans

⁴⁴ Par exemple l'homologation du répudiation moyennant compensation homologuée ne heurte pas l'ordre public international belge (Civ. Bruxelles 9 juin 1999, *T. Vreemd.* 1998, 369).

⁴⁵ Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 1947, n° 12.

la notion d'ordre public matériel, il ne peut constituer son critère unique, car les services de police, comme tous les services publics, ne peuvent agir que dans l'intérêt général⁴⁶.

Cette notion revêt une importance particulière dans le cadre de la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques. C'est en vue d'assurer l'ordre public matériel que des autorités administratives sont légalement autorisées à apporter des limitations à l'exercice de ces libertés. La fonction de maintien ou de rétablissement de l'ordre public est en quelque sorte le cadre qui permet aux libertés et droits fondamentaux de s'exercer pleinement parce qu'elle assure un certain état de tranquillité et de sécurité au sein de la société. Chaque fois que l'intervention de la police administrative est contestée, le juge est appelé à examiner si l'ordre public peut justifier une limitation des libertés publiques en cause ou non⁴⁷.

Cette conception de l'ordre public existe dans chaque Etat membre de l'Union européenne. C'est une évidente manifestation de la souveraineté de l'Etat. Cependant, l'étendue de la notion varie quelque peu d'un pays à l'autre.

En France, la conception matérielle de l'ordre public a été classiquement élaborée dès le début du XIXe siècle autour du maintien de l'ordre englobant dans la protection de la sécurité⁴⁸, la tranquillité⁴⁹, la salubrité publique⁵⁰. C'est ce qu'on appelle la trilogie classique de l'ordre

⁴⁶ René Chapus, *Droit administratif général*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 667, et J.-M. de Forgues, *Droit administratif*, Paris, P.U.F, 1991, p. 172.

⁴⁷ Paul Bernard, *précité*, p. 44-50.

⁴⁸ Ce qui comprend la réglementation de la circulation, la prévention des incidents.

⁴⁹ Le repos des habitants.

⁵⁰ L'hygiène publique.

public⁵¹. Le maintien de cet ordre public a toujours constitué la tâche principale de la police administrative en France⁵².

Les trois axes de la conception matérielle de l'ordre public sont restés les mêmes jusqu'à nos jours, mais leur domaine d'application s'est élargi au fur et au mesure du développement de la vie sociale, les exigences du maintien de l'ordre public n'ont cessé de croître et de créer de nouveaux terrains d'action pour la police afin de maintenir l'ordre, comme dans le cas de l'économie, de l'environnement ou de la moralité publique^{53 54}.

L'ordre public matériel français ne s'arrête donc pas au maintien de l'ordre dans la rue, mais il intervient chaque fois qu'il faut protéger la société contre tout désordre qui peut menacer son organisation et sa stabilité. Ainsi, il a été bien défini par la doctrine française comme étant « *un état de paix intérieur de l'agglomération municipale résultant de sa protection contre les différents dommages qui pourraient atteindre la collectivité et ses habitants* »⁵⁵.

⁵¹ Maurice Hauriou, *Précis du droit administratif*, Paris, Sirey, 1927, p. 549.

⁵² La notion matérielle de l'ordre public est étroitement liée à notion de la police administrative. La fonction de cette dernière se définit souvent par rapport à la protection de l'ordre public.

⁵³ L'interdiction de l'exposition dans des kiosques de certaines publications jugées malsaines (CE., 29 janvier 1937 publication zed. p. 131), ou la participation aux bals publics de mineurs de moins de 18 ans (CE., 6 août 1941, Burguburu, D.A. 1942. 24), ou encore de la projection des films immoraux (C.E., Société des films Monceau, 14 oct. 1960, et 23 déc. 1960, Union générale cinématographique, R.D.P., 1961. 140 ; note de M. Waline).

⁵⁴ La trilogie classique de l'ordre public matériel a été considérée par une doctrine française récente comme une notion dépassée par des nouveaux besoins de la police administrative, comme la morale, l'environnement, l'intégrité de la personne. Cette doctrine estime que ces nouveaux domaines sont devenus des composants de l'ordre public matériel et doivent par conséquent, être contrôlés par la police administrative, notamment en matière de moralité publique (Etienne Picard, *La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, précité, n°116. Voir en ce sens René Chapus, *Droit administratif général*, précité, n°113 ; J. Moreau, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1989, p. 371, Or, à notre avis, la fonction principale de l'ordre public matériel est de protéger la société contre le désordre. L'ordre public, dans ce contexte, ne s'intéresse pas à la défense des bonnes mœurs comme telles, mais seulement lorsque le comportement qui contrevient à la moralité publique risque de troubler l'ordre dans la société. Toute constatation contraire risque de mélanger les deux aspects : substantiel et matériel, de l'ordre public. L'appréciation faite par la police administrative à l'égard de la projection d'un film immoral consiste à vérifier si un tel film risque de provoquer des émeutes qui peuvent porter atteinte au bon ordre, à la sécurité et la tranquillité publique. La contravention aux bonnes mœurs n'intéresse pas la police administrative : l'administration ne juge pas la conscience des citoyens.

⁵⁵ P.H. Teitgen, *La police municipale*, Thèse, Nancy, 1934, cité par J. Moreau, précité, p. 351.

En Angleterre, le concept de l'ordre public matériel ou *Public Order* est plus restreint qu'en France. Il se limite à la lutte contre le désordre dans son sens étroit, celui d'empêcher les émeutes et de combattre la violence et le crime dans la rue⁵⁶. Le concept matériel de l'ordre public est ainsi plus centré sur la protection de la paix publique⁵⁷ *stricto sensu*. La jurisprudence anglo-saxonne définit *the breach of the Public Order* comme étant tout acte qui peut provoquer la terreur auprès des individus de manière à porter atteinte à la paix sur le territoire⁵⁸. La protection de la santé publique et les autres domaines sociaux de la vie quotidienne ne sont compris dans le sens du maintien du bon ordre en Angleterre. Ils constituent pour la police une tâche indépendante de sa fonction d'établir l'ordre⁵⁹.

Le législateur anglais a déterminé, à plusieurs reprises, les infractions qui peuvent porter atteinte à l'ordre public. La dernière législation régissant ce sujet est le *Public Order Act* de 1986, plusieurs fois amendé par la suite. La loi a précisé les principales infractions considérées comme menaçant l'ordre public, à savoir ; la menace de l'utilisation de la force, les « regroupements » qui ont pour objet de créer le désordre, ainsi que les actes terrifiant les gens, la bagarre dans les lieux publics ou privés, la provocation de terreur ou de violence, les publications de fausses nouvelles qui ont pour but de tromper le public, la nuisance publique et les atteintes à la propriété d'autrui.

Enfin, la conception de l'ordre public matériel en Allemagne, ou *öffentliche Ordnung*, est une notion qui se situe plutôt à mi-chemin entre les notions française et anglaise, mais toujours

⁵⁶ Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Le Royaume-uni*, Paris, L.G.D.J, 1979, p. 362.

⁵⁷ Dans l'affaire *Coffin & Smith*, la jurisprudence anglaise a constaté que les tâches de la police sont limitées au maintien de la paix « la fonction de l'officier de police c'est d'être gardien de la paix » (*Coffin V. Smith* (1980) 71 Cr. App. Rep. 221).

⁵⁸ *Ferguson v Carnochan* (1889). 2. W.A.L.R. 342.

⁵⁹ J.-F. Garner, *Administrative law*, Fifth edition, London, Butterworths, 1979, p. 472. La Commission royale sur la police de 1962 a limité la tâche de la police administrative en matière de *Public Order* au maintien de l'ordre et la protection des personnes et des propriétés, à la prévention des crimes, à la recherche des délinquants et au contrôle de la circulation routière (Garner, p. 466).

entendue dans le sens de combattre le désordre. C'est, en effet, une notion plus restreinte que la notion française, mais plus large que la notion anglaise. L'*öffentliche Ordnung* a pour objet de protéger le bon ordre, la tranquillité, la sécurité publique. Il est compris, comme en Angleterre, dans le sens de la prévention du risque en général⁶⁰. Cependant, la police en Allemagne est plus active dans le domaine de l'ordre public que son homologue en Angleterre. En Angleterre, l'activité de la police est limitée à la recherche des délinquants, tandis qu'en Allemagne elle joue un rôle fondamental et social dans la lutte contre le désordre, quelle que soit sa source. Elle a donc une fonction plutôt sociale, comme c'est le cas de son homologue français. Toutefois, ses compétences et son champ d'intervention sont plus réduits, étant donné que la préservation de la salubrité publique n'entre pas dans ses fonctions : celle-ci demeure dans la compétence de l'administration de la santé⁶¹.

§ 2. Fonction de l'ordre public matériel

L'ordre public exerce normalement dans son domaine d'intervention une fonction négative⁶². L'ordre public constitue une norme impérative qui évacue toute forme de liberté des personnes⁶³. L'ordre public matériel et l'ordre public normatif constituent ensemble le reflet de la souveraineté de l'Etat dans l'ordre interne. Dans le cadre matériel de la notion, le maintien de l'ordre public justifie l'action de l'Etat comme un Etat de police et le passage de la légalité à l'action de la force publique. Dans le cadre des relations juridiques, l'ordre public joue aussi un rôle de police destiné à maintenir une certaine sécurité juridique dans les

⁶⁰ Hartmt Maurer, *Droit administratif allemand*, Paris, LG.D.J., 1995, p. 15.

⁶¹ En général, les tâches de la police allemande se répartissent en deux secteurs principaux : la *Vollzugspolizei* qui assure les tâches habituelles de maintien de l'ordre public, la sécurité et la circulation ; la police criminelle (*Kriminalpolizei*) qui effectue les enquêtes criminelles (Pierre-André Bois, *Les institutions allemandes*, Paris, P.U.F, 1971, p. 55).

⁶² Parfois la conception matérielle de l'ordre public apparaît comme l'étendu matériel de la notion normative de l'ordre public. Un comportement qui provoque la moralité publique (la projection d'un film obscène par exemple) ou qui porte atteinte à des valeurs sociales de l'ordre public (comme l'intégrité physique des personnes) peut troubler l'ordre de la société en provoquant une réaction agressive de la société à l'encontre de ce comportement. A cet instant, la police doit intervenir pour rétablir l'ordre.

⁶³ La fonction négative des deux acceptions s'exerce dans un but conservatoire : l'ordre public normatif a pour objet de conserver les valeurs essentielles de la société, tandis que pour l'ordre public matériel, il s'agit de la conservation de l'ordre (Paul Bernard, *précité*, p. 226).

relations individuelles. L'ordre public set donc notamment sous ses différentes acceptions, aux gouvernants pour réaliser leurs buts, sur le plan des relations juridiques, soit sur celui du maintien de l'ordre.

Cependant, contrairement à la notion normative, la notion d'ordre public matériel constitue principalement une dérogation à l'application de la loi qui justifie une dérogation à l'ordre normal des compétences administratives. Elle est employée pour faire échec à la norme de droit applicable et permettre à l'Etat de droit de redevenir temporairement un Etat de police ⁶⁴. La conception matérielle constitue ainsi une justification à la dérogation de la loi. En revanche, la conception normative va dans l'autre sens, c'est une justification de la prédominance de la loi : elle sert à renforcer une loi normalement applicable⁶⁵.

Toutefois, l'ordre public matériel ne doit pas être regardé comme exerçant toujours une fonction négative ; il possède, en effet, certains côtés positifs. D'une part, il ne se borne pas à maintenir l'ordre dans la rue, mais il consiste aussi à prévenir les troubles. Dans le secteur de la santé publique, on ne se limite pas à guérir les maladies, mais on prévient aussi les contagions possibles dans le futur⁶⁶. D'autre part, l'ordre public matériel ne poursuit pas nécessairement, dans tous les pays de l'Union, l'objectif d'empêcher le désordre ou d'en empêcher la continuation : il peut comporter parfois certains volets sociaux, comme c'est le cas en France. On voit ainsi la police intervenir pour des motifs d'ordre public pour réquisitionner des approvisionnements ou pour abriter une famille sans abri durant les catastrophes⁶⁷.

⁶⁴ Gerard Lyon Caen, *précité*, p. 694.

⁶⁵ Pierre Louis-Lucas, « Remarque sur l'ordre public », *R.D.I.P.*, 1933. p. 395. En matière de police des étrangers, l'ordre public est plus restrictif puisque les étrangers ne jouissent pas de libertés et de droits autant que les citoyens. Il est la justification permanente de l'absence de toute règle protectrice (Gerard Lyon Caen, *précité*, p. 695).

⁶⁶ Christophe Vimpert, « *La police municipale : les composantes de la notion d'ordre public* » : note sur CE. fr. (Ass) 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence, *A.J.D.A.*, 1995, p. 878.

⁶⁷ Paul Bernard, *précité*, p. 79.

En matière de libertés publiques et de droits fondamentaux, l'ordre public matériel remplit deux fonctions opposées. D'une part, il poursuit une fonction restrictive des libertés fondamentales en faveur du maintien de l'ordre dans l'État, mais d'autre part, il s'impose pour protéger ces libertés contre l'ingérence de l'autorité publique⁶⁸. La fonction de l'ordre public matériel en matière de droits fondamentaux n'est pas donc nécessairement négative, car en imposant une certaine limitation, il favorise le maintien des conditions matérielles indispensables à l'exercice de ces droits⁶⁹.

*

* *

L'ordre public national est donc généralement étudié dans ses deux acceptions : normative et matérielle. La première désigne les valeurs de la société, tandis que la deuxième est relative à l'établissement de l'ordre dans la rue.

Toutefois, à notre avis, ces deux acceptions ne sont pas complètement différentes, elles constituent les deux faces d'une seule monnaie. Elles se complètent dans un seul but : préserver l'existence de la société. Si la conception normative correspond, en réalité, au vrai sens de la notion, en étant destinée principalement à mettre en valeur les principes de base sur lesquels repose la société, on ne peut nier, non plus, que l'ordre public matériel est également destiné à préserver une grande partie de ces valeurs. La seule différence c'est que l'ordre public matériel a pour fonction d'imposer ces principes au-delà des relations juridiques, lorsque la violation de ces principes prend un aspect matériel et risque de troubler l'ordre dans la société. C'est de cela que provient sa dénomination.

⁶⁸ Etienne Picard, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *précité*, p. 38.

⁶⁹ Etienne Picard, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », *précité*, p. 48.

Il ne s'agit pas souvent d'une question d'établissement de l'ordre. On a vu la police administrative intervenir, au début de ce siècle, pour empêcher la vente des revues obscènes ou récemment interdire des spectacles qui portent atteinte à l'intégrité physique des personnes. Tous ces principes sont à l'origine de l'ordre public normatif.

Il est donc difficile d'attribuer à la conception matérielle un contenu propre, par rapport à la conception normative, car il ne s'agit pas d'un panier de valeurs différentes, mais d'un autre moyen pour imposer le respect des valeurs de la société.

Pourtant, si le contenu de la conception matérielle de l'ordre public est partagé par la conception normative, il est indiqué de préciser que le contenu de la première est moins étendu que celui de la dernière. La violation de tout principe d'ordre public normatif ne risque pas nécessairement de troubler l'ordre matériel, comme la plupart des règles du droit économique et le droit procédural et une grande partie du droit civil. La notion d'ordre public matériel apparaît donc comme le noyau dur de la notion d'ordre public d'une société donnée. Elle contient les principes les plus fondamentaux de la société dont la violation peut toucher à l'ordre matériel, principes qui méritent donc une intervention rapide afin d'empêcher toute atteinte.

Nous estimons, donc que la distinction opérée par la doctrine entre les deux conceptions est peu précise. A notre avis, elle ne signifie pas l'existence de deux sortes d'ordre public. Le critère principal qui doit être retenu, dans cette distinction, est le moyen d'imposition de la règle d'ordre public. Dans le cas de l'ordre public normatif, c'est la voie judiciaire, tandis que, dans le cas de l'ordre public matériel, c'est la police administrative⁷⁰.

⁷⁰ Le juge administrative n'intervient pas dans ce cas d'une manière direct. Il ne possède que le pouvoir de valider l'action de la police ou de la prohiber à l'occasion d'une contestation relative à cette action portée devant lui.

CHAPITRE II

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Malgré les hésitations de la doctrine, l'existence d'un véritable ordre public communautaire, relative à la protection des principes fondamentaux du droit communautaire, ne peut être contestée, en dépit du fait qu'il n'a pas été prévu par les traités. Ces textes ne font aucune allusion de près ou de loin à un ordre public communautaire (section 1). Toutefois, l'avènement de cette notion dépend incontestablement de sa découverte par le juge communautaire. C'est lui qui s'est chargé d'attribuer le caractère d'ordre public à certaines règles juridiques qu'il estime dotées d'une valeur supérieure dans l'ordre juridique communautaire (section 2). Cependant, vu le caractère « primitif » de l'organisation communautaire, l'ordre public n'y a pas atteint le niveau de complexité et de diversité conceptuelle qui est reconnu à la notion en droit interne des Etats membres. Cette dernière reste distincte de la notion d'ordre public communautaire. L'ordre public communautaire a la portée très réduite d'un ordre public normatif qui doit être, puisque son contenu n'est pas précis, une notion fonctionnelle et instrumentale⁷¹ (section 3).

⁷¹ Alain-Charles Van Gysel et Jean-François Romain, « L'ordre public entre Hétérogénéité et Homogénéité », in *L'ordre public : concept et applications*, précité, p. 307.

SECTION 1. L'ORDRE PUBLIC DANS LES TRAITES : UNE NOTION COMMUNAUTAIRE DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL

§ 1^{er}. L'interprétation de l'ordre public national justifiant des restrictions aux libertés de circulation

Le traité CE ne mentionne pas la notion d'ordre public comme principe général applicable à tout le droit communautaire. Rien dans les traités constitutifs ne permet d'établir que les Etats membres, en rédigeant les traités de Paris et de Rome, et même les traités de Maastricht et d'Amsterdam, aient entendu consacrer un ordre public propre à l'ordre juridique communautaire. L'expression ordre public communautaire est absente des textes conventionnels, malgré les derniers développements favorisant une réelle intégration entre les Etats membres de la Communauté.

C'est uniquement à propos des dérogations aux quatre libertés fondamentales créées par le traité que l'ordre public est mentionné. Si la libre circulation des marchandises est consacrée par l'article 28 du traité, l'article 30 permet aux Etats membres des dérogations justifiées par des raisons d'ordre public. Le principe de libre circulation des personnes, consacré par l'article 39, connaît aussi une possibilité de dérogation pour des raisons d'ordre public. L'article 49 garantit la libre circulation des services, mais l'article 55 permet aux Etats membres d'imposer des restrictions justifiées par des raisons d'ordre public. Si l'article 43 impose aux Etats de respecter la libre circulation d'établissement, l'article 46 permet d'y déroger pour des raisons d'ordre public. Enfin, la libre circulation des capitaux consacrée par l'article 56 connaît aussi une exception pour des raisons d'ordre public, reposant sur l'article 58.

Il est essentiel de souligner que l'expression « Ordre public », dans les textes communautaires mentionnés ci-dessus⁷², correspond à l'ordre public national des Etats membres⁷³. C'est un impératif prioritaire des Etats profondément inhérent à leur souveraineté qu'ils n'ont pas consenti à abandonner à la Communauté parce qu'il touche à leurs intérêts vitaux⁷⁴. L'origine nationale de cette expression a été confirmée clairement dans l'affaire *Van Duyn*, lorsque la Cour affirma que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public visée par le traité peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre⁷⁵. La fonction de cet ordre public est manifestement différente de celle que peut exercer un ordre public proprement communautaire, en ce qu'il tend principalement à la protection des intérêts d'un Etat à l'encontre d'un groupement d'Etats auquel il a adhéré⁷⁶. La mise en œuvre de cet ordre public est principalement destinée à empêcher l'application de la norme communautaire en faveur des normes nationales⁷⁷.

Toutefois, il faut observer que, malgré l'origine nationale de l'ordre public mentionné dans les traités constitutifs, cette notion a été soumise au contrôle du juge communautaire, dans la mesure où elle limite un droit fondamental conféré par le traité aux ressortissants des Etats membres⁷⁸. La Cour a ainsi entouré cette notion d'un cadre spécial, dans lequel elle l'apprécie en vertu des critères communautaires.

⁷² Ce constat vaut également pour tous les textes du droit communautaire dérivé qui font usage de cette expression. Voir par exemple la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (J.O.C.E., n° P 56 du 4 avril 1964, p. 850-857).

⁷³ Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *Ordre public et droit communautaire*, Paris, Sirey, 1993, p. 177 et Francis Hubeau, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *C.D.E.*, 1981, p. 171.

⁷⁴ Gérard Druesne, *précité*, p. 230-231.

⁷⁵ C.J.C.E., arrêt du 4 décembre 1974, Yvonne Van Duyn/Home Office, c-41/74, *Rec.* 1974, p. 1337, § 18.

⁷⁶ Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *précité*, p. 179.

⁷⁷ Gérard Druesne, *précité*, p. 230.

⁷⁸ Dans l'affaire *Van Duyn* (précitée), la Cour a expressément affirmé son contrôle juridictionnel en précisant que « l'application de cette réserve est, cependant, susceptible d'un contrôle juridictionnel (...) la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation à un principe fondamental du droit communautaire doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'elle interprète strictement cette notion d'ordre public⁷⁹. Elle ne considère pas la notion comme une réserve générale permettant aux Etats membres de faire échec à l'application des dispositions communautaire relatives aux différentes libertés fondamentales de circulation. Cette réserve n'a, selon la Cour, qu'une portée exceptionnelle : « *La réserve, prévue aux articles 48, paragraphe 3, (devenu 39 § 3) et 56, paragraphe 1, du traité CE (devenu 46), concernant des limitations justifiées par des raisons d'ordre public doit être comprise non comme une condition préalable posée à l'acquisition du droit d'entrée et de séjour, mais comme ouvrant la possibilité d'apporter, dans des cas individuels et en présence d'éléments justificatifs, des restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du traité* »⁸⁰.

Dans l'affaire *Rutili*, la Cour a imposé une autre restriction au droit des Etats membres d'invoquer l'exception d'ordre public en exigeant que les atteintes portées au nom de l'ordre public aux droits garantis par le traité ne dépassent pas le cadre de ce qui est « nécessaire à la sauvegarde des besoins dans une société démocratique »⁸¹. C'est ainsi qu'un test de nécessité est désormais mis en oeuvre par le juge communautaire chaque fois qu'un Etat membre invoque son ordre public afin de faire échec à l'application du traité⁸².

déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (§ 4).

⁷⁹ Le droit communautaire, à son tour, impose quelquefois certaines restrictions. L'article 58, paragraphe 3, CE prévoit que lorsque l'Etat membre adopte des mesures en matière de libre circulation des capitaux justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, ces mesures ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements.

⁸⁰ C.J.C.E., arrêt du 5 février 1991, Danielle Roux/État belge, c-363/89. *Rec.* 1991, p. 273, § 30.

⁸¹ C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 1975, Roland Rutili /Ministre de l'intérieur, c-36/75, *Rec.* 1975, p. 1219, § 32.

⁸² Ce test exige une identification par la Cour de ce qu'on signifie par « *Les besoins d'une société démocratique* ». La Cour n'a pas abordé le sujet jusqu'à présent, mais on peut supposer qu'elle se référerait aux objectifs mentionnés dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsque celle-ci permet de soumettre l'exercice des libertés à certaines restrictions ou ingérences de l'autorité publique.

La Cour a également pris soin de déterminer le comportement capable de menacer l'ordre public national des Etats membres : « *Le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »⁸³.

Ces arrêts s'inscrivent dans une série de décisions dans lesquelles la Cour a aussi considéré qu'il ne suffit pas qu'une réglementation soit assortie de sanctions pénales pour relever de la notion d'ordre public⁸⁴. En outre, les Etats membres ne sauraient invoquer des raisons d'ordre public contre l'application du traité que s'ils prennent des mesures répressives à l'égard du même comportement quand il est le fait de leurs propres ressortissants⁸⁵.

Il convient enfin de faire observer que l'ordre public national visé par le traité n'est pas un ordre public compris uniquement dans le sens de la protection de l'ordre matériel⁸⁶, il

⁸³ C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1977, Régina /Pierre Bouchereau, c-30/77, *Rec.* 1977, p. 1999, § 29.

⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 13 mars 1984, Procédure pénale/Karl Prantl, c-16/83, *Rec.* 1984, p. 1299, § 33.

⁸⁵ C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 1975, Roland Rutili /Ministre de l'intérieur, c-36/75, *Rec.* 1975, p. 1219, et arrêt du 18 mai 1982, Rezguia Adoui/Etat belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille, affaires jointes 115 et 116/81, *Rec.* 1982, p. 1665. Voir en matière de moralité publique, arrêt du 11 mars 1986, Conegate, c-121/85, *Rec.* 1986, p. 1007, § 17. Cependant, cette jurisprudence a subi une certaine atténuation par l'arrêt *Oteiza Olazabal* qui constitue une vraie révision de l'arrêt *Rutili*. La Cour a accepté que dans des situations dans lesquelles les ressortissants des autres Etats membres peuvent se voir appliquer des mesures d'éloignement ou d'interdiction de séjour, ceux-ci sont également susceptibles de faire l'objet de mesures moins sévères qui constituent des restrictions partielles de leur droit de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public, sans qu'il soit nécessaire que des mesures identiques puissent être appliquées par l'Etat membre en question à ses propres ressortissants (Arrêt du 26 novembre 2002, Ministre de l'Intérieur/Aitor Oteiza Olazabal, c-100/01, *Rec.* 2002, p. 10981).

⁸⁶ Cette notion ne comprend pas la notion de sécurité publique au sens des traités. Elle n'est pas non plus limitée aux questions militaires et de défense. Elle désigne la sécurité de l'Etat et son existence en général. La conception large de la sécurité publique a été établie par l'arrêt *Campus Oil*, où il a été jugé que la garantie d'une sécurité d'approvisionnement en pétrole relève de la sécurité publique de l'Etat, au sens du traité (arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, *Rec.* 1984, p. 2727). La Cour a été incitée à prendre position en ce sens par son avocat général : « *il est clair que « la sécurité juridique » ne se limite pas à la sécurité militaire extérieure qui rentre largement dans le cadre des articles 223 à 225 (devenus 296 à 298) du traité, [...]. A notre avis, elle n'est pas non plus limitée à la sécurité intérieure, au sens de la défense du droit et de l'ordre, laquelle ne va pas aussi loin que les « troubles intérieurs graves affectant l'ordre public » que recouvre l'article 224, bien qu'elle puisse les inclure* » (*Rec.* 1984, p. 2164). Cependant, une doctrine minoritaire a soutenu que la sécurité publique est comprise dans la notion de l'ordre public figurant dans le traité, ce qui semble être, à notre avis, très loin de la

comporte également les principes fondamentaux sur lesquels ces ordre juridiques sont fondés⁸⁷. Ceci est particulièrement manifeste en matière de libre circulation des marchandises et des capitaux. Ainsi, dans l'arrêt *Thompson*, la Cour a considéré la protection du droit de frappe de la monnaie comme un principe d'ordre public au sens de l'article 30 du traité, permettant à l'Etat de restreindre la libre circulation des marchandises : « *qu'il ressort du dossier qu'il existe au Royaume-Uni une interdiction de fondre ou de détruire les pièces de monnaie nationale, même si elles n'ont plus cours légal ; qu'une interdiction d'exporter de telles pièces, en vue d'empêcher que la fonte ou la destruction ait lieu dans un autre Etat membre, est justifiée par des raisons d'ordre public au sens de 36 du traité CE (devenu 30), parce qu'elle tient à la protection du droit de frappe traditionnellement considéré comme mettant en cause des intérêts essentiels de l'Etat* »⁸⁸.

Suivant la même jurisprudence, dans l'arrêt *Bond van Adverteerders*⁸⁹, la Cour a affirmé que le principe du pluralisme du système de radiodiffusion nationale peut motiver une dérogation

vérité. Voir dans ce sens, Maria Castillo, « La réserve de l'ordre public en droit communautaire » in *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, précité, p. 133-166, sp. p. 136.

⁸⁷ Bien que dans la traduction allemande de l'arrêt *Bonsigore*, le mot « Ordre public » correspond au « öffentliche Ordnung », ce qui signifie nécessairement en Allemagne l'ordre public matériel, et que la traduction anglaise de ce mot était « Breach of the peace and public security », ce qui confère nécessairement à la notion un aspect matériel, la Cour l'interprète d'une manière générale couvrant les deux conceptions de l'ordre public. Ce constat a été confirmé expressément par la Cour dans l'arrêt *Bouchereau*. Dans cette affaire, il lui avait été demandé de préciser la portée du terme « ordre public » figurant dans l'article 39, paragraphe 3 du traité, s'il doit être interprété dans un sens « des raisons d'Etat » (Public policy) ou dans un sens matériel qui correspond au « Breach of the peace ». La Cour a répondu à cette question en conférant à cette notion un double sens, matériel et juridique : « *qu'en tant qu'il peut justifier certaines restrictions à la libre circulation des personnes relevant du droit du droit communautaire, le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » (C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1977, Regina/Bouchereau, c-30/77, Rec. 1977, p. 1999). L'avocat général avait laissé à la Cour de justice le soin de répondre à la question, en estimant que cette notion ne doit pas être interprétée sur la base de considérations relatives à sa signification dans les droits nationaux des Etats membres, mais qu'il incombe à la Cour de la définir en vertu du droit communautaire (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Regina/Bouchereau, Rec. 1977, p. 2026).

⁸⁸ C.J.C.E., arrêt du 23 novembre 1978, Thompson, c-7/78, Rec. 1978, p. 2247, § 34.

⁸⁹ C.J.C.E., arrêt du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders/Etat néerlandais, c-352/85, Rec. 1988, p. 2085. Sur la question voir Judicaël Etienne, « le fait religieux dans le droit communautaire. Du traité de Rome au projet de constitution pour l'Europe », *Chronique de droit public*, 2004, 2, p. 244-253, sp. p. 251.

justifiée par des raisons d'ordre public à la liberté d'établissement, à condition que la mesure restrictive ne soit pas discriminatoire⁹⁰.

La notion d'ordre public national est donc dépourvue, dans le contexte communautaire, de son caractère souverain habituel. La Cour de justice a imposé sa conception de l'ordre public national lorsqu'il est invoqué dans un contexte communautaire⁹¹. Cependant, la Cour ne possède à cet égard, que le pouvoir de vérifier si les exigences d'ordre public ont été invoquées conformément au droit communautaire ou non⁹². La définition des exigences de cet ordre public appartient toujours aux Etats membres⁹³.

Par cette communautarisation, la Cour ne dégage pas un contenu commun de l'ordre public des Etats membres : la notion reste toujours inhérente et particulière à chaque ordre juridique interne, toutefois, la portée et l'application de cette notion seront interprétées différemment.

⁹⁰ Egalement, en matière de libre circulation des personnes, la Cour a considéré qu'un Etat membre peut invoquer la cohérence de son régime fiscal comme un motif d'ordre public afin d'imposer des restrictions à la libre circulation des personnes (C.J.C.E., arrêt du 28 janvier 1992, *Bachmann/Etat belge*, c-204/90, *Rec.* 1992, p. 249).

⁹¹ Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *précité*, p. 177.

⁹² Francis Hubeau, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *C.D.E.*, 1981, p. 205-255, sp. p. 214. Voir en ce sens Maria Castillo, « La réserve de l'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, *précité*, p. 147 ; Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et droit communautaire », *Receuil Dalloz-Sirey*, L-177-188, sp. p. 177 ; G. Lyon-Caen, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *R.T.D.E.*, 1966, p. 693-704, sp. p. 696. Nous rejoignons l'avis de Patrick Hetsch qui, selon lui, ces réserves réalisent un compromis entre leur contenu, dont la maîtrise est nationale, et leur usage, dont les conditions sont communautarisées (« Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *R.T.D.E.*, 1982, p. 511-554, sp. p. 521).

⁹³ Dans l'affaire *Rutili*, la Cour de justice a exprimé cette idée très clairement : « attendu que pour l'essentiel, les Etats membres restent libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 48, paragraphe 2 (devenu 39 parag. 2), conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public ; que cependant, dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 1975, Roland Rutili /Ministre de l'intérieur, c-36/75, *Rec.* 1975, p. 1219, § 26-27). Certains auteurs estiment que la Cour a évité de définir le sens de cet ordre public afin de ne pas retirer aux autorités administratives toute forme de pouvoir discrétionnaire. Si ces autorités gardent la liberté de prendre les mesures d'ordre public, mais avec une telle définition, il ne s'agirait que d'une liberté fictionnelle, car si elles choisissent d'agir, elles ne le pourront que si une condition de fait précise est réalisée (Gérard Druesne, *précité*, p. 235).

Selon l'expression de *Francis Hubeau*, « C'est un concept de droit national que les Etats membres ne peuvent pas apprécier librement »⁹⁴

§ 2. L'insertion de règles communautaires dans l'ordre public national

A) L'insertion de principes généraux du droit communautaire dans le cadre de l'application des traités conclus entre Etats membres : l'arrêt *Krombach*

L'article 293 du traité CEE envisage la possibilité pour les Etats membres de conclure des accords dans certains domaines qu'il énumère. Sur cette base, certaines conventions ont été effectivement conclues entre les Etats membres, et notamment dans le domaine de la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. Toutefois, il arrive souvent que dans ce genre de convention, les Etats contractants insèrent une clause de souveraineté en leur faveur en vertu de laquelle, ils se donnent le droit de refuser l'application de la convention lorsque ceci risque de menacer leur ordre public. Cette clause d'ordre public fait référence, sans aucun doute, à l'ordre public international des Etats contractants. Cependant, à la faveur de son pouvoir d'interprétation des conventions conclues par les Etats membres dans le cadre de l'article 293 du traité CEE, la Cour s'est efforcée de garantir que des principes fondamentaux communautaires jouissent du caractère d'ordre public au niveau national. Il s'agit en effet, d'intégrer un principe fondamental du droit communautaire dans le corpus des règles d'ordre public national. La Cour, par prudence peut-être, concilie le principe de l'impérativité des dispositions communautaires et l'autonomie des droits internes en passant par des canaux nationaux qui sont les règles nationales d'ordre public⁹⁵. Cette jurisprudence récente de la Cour a suscité beaucoup de controverses quant à la nature de

⁹⁴ Voir dans le même sens Maria Castillo, « La réserve de l'ordre public en droit communautaire » in *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, précité, p. 133-166, sp. p. 148.

⁹⁵ Gérard Jazottes, Monique Luby et Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « Chronique de législation et de jurisprudence », *R.T.D.E.*, 2000, p. 232-235, sp. p. 234.

l'ordre public dégagé, s'agit-il d'un ordre public communautaire ou de l'ordre public national ?

L'affaire principale témoignant de cette jurisprudence est l'affaire *Krombach*⁹⁶. Cette affaire porte immédiatement sur la notion d'ordre public développée par la Convention de Bruxelles de 1968 qui vise la reconnaissance des jugements étrangers par le truchement d'un système fondé sur la confiance dans l'ordre juridique de l'autre État, afin d'assurer la libre circulation des jugements dans la Communauté européenne⁹⁷.

Les faits de l'affaire remontent à 1982. Le Dr Krombach, de nationalité allemande, a administré à la jeune Kalinka Bamberski, de nationalité française, une injection qui lui a coûté la vie. Ces circonstances ont fait l'objet d'une procédure pénale pour homicide, ouverte par les instances allemandes contre le Dr Krombach, qui s'est terminée par un non-lieu pour insuffisance de preuves. Le père de la victime a alors saisi les instances françaises d'une plainte contre le Dr Krombach. Ce dernier a été renvoyé devant la Cour d'assises de Paris du chef d'homicide volontaire. Le Dr Krombach n'a toutefois pas personnellement comparu, mais s'est fait représenter par un avocat français et un autre allemand. La Cour d'assises a alors appliqué la procédure de contumace, en vertu de laquelle, aucun défenseur ne peut se présenter devant elle. Par conséquent, elle a interdit aux avocats de Krombach de le représenter et a déclaré irrecevables les mémoires en défense présentées par ceux-ci. La Cour d'assises a ensuite condamné par contumace le Dr Krombach.

Le père de la victime, se fondant sur la Convention de Bruxelles, a demandé l'exécution de l'arrêt condamnant le Dr Krombach à l'indemniser en Allemagne où celui-ci résidait. La

⁹⁶ C.J.C.E, arrêt du 28 mars 2000, *Krombach*, c-7/98, *Rec.* 2000, p. 1935.

⁹⁷ Conclusions de l'avocat général M. Darmon dans l'affaire *Sonntag*, c-172/91, *Rec.* 1993, p. 1963, sp. p. 1977, § 70 et suivants. Les dispositions de cette Convention ont été considérées comme liées au traité CE ; dès lors la procédure instituée par la Convention a été jugée constituer un système autonome indépendant des systèmes juridiques des Etats membres (Conclusions de l'avocat général M. Antonio Saggio dans l'affaire *Krombach*, précité, § 22).

juridiction allemande compétente a fait droit à sa demande sans problème. Le Dr Krombach a saisi l'*Oberlandesgericht* d'un recours contre cette décision, qui n'a pas tardé à être rejeté. Partant, le Dr Krombach a saisi le *Bundesgerichtshof* en faisant valoir principalement qu'il n'avait pas pu se défendre de manière effective contre sa condamnation par la juridiction française, ce qui empêcherait l'application de la Convention de Bruxelles.

Le *Bundesgerichtshof* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice des Communautés européennes plusieurs questions relatives à l'interprétation de l'article 27 de la Convention de Bruxelles. Plus précisément, le *Bundesgerichtshof* tenait à savoir si la juridiction de l'État requis pourrait, dans le cadre de l'ordre public visé à l'article 27, point 1, de la Convention de Bruxelles, tenir compte du fait que la juridiction répressive de l'État d'origine avait rejeté la défense du débiteur par un avocat pour l'action civile au motif que le défendeur, domicilié dans un autre État contractant, était poursuivi pour une infraction intentionnelle et qu'il n'avait pas comparu personnellement ?

Dans sa réponse, la Cour a commencé par rappeler qu'un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la Convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurte de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental.

Elle a ensuite interprété cet article en ce sens qu'il permet de recourir à la clause de l'ordre public dans les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'État d'origine et dans la Convention elle-même n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine, tel que reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il convient cependant de remarquer que la définition donnée par la Cour du contenu de l'ordre public tel qu'il se dégage de la Convention de Bruxelles, n'a pas été établie en fonction de

l'ordre public de l'Etat du for, mais principalement en fonction de caractéristiques inhérentes à l'ordre juridique communautaire.

Elle a bien montré que sa jurisprudence était guidée par le fait que le respect du droit de la défense constitue un principe général du droit communautaire : *« les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «CEDH») revêt, à cet égard, une signification particulière. La Cour a ainsi reconnu expressément le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable, qui s'inspire de ces droits fondamentaux. L'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (devenu, après modification, article 6, paragraphe 2, UE) a consacré cette jurisprudence »*.

Par ailleurs, elle a écarté toute doute sur la protection des droits de la défense dans le cas d'espèce qui devait être assurée en vertu du principe général du droit communautaire qui garantit la protection de ces droits même en l'absence d'une réglementation spéciale : *« il ressort d'une jurisprudence développée par la Cour (...) que le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure »*⁹⁸.

La jurisprudence *Kromback* a provoqué une polémique au sein de la doctrine européenne en introduisant dans l'ordre public national des principes du droit communautaire. Une partie de

⁹⁸ Arrêt *Kromback*, précité, § 42.

cette doctrine soutient que l'ordre public dégagé par cet arrêt est un ordre public européen⁹⁹. Cette doctrine considère, précisément, que la jurisprudence *Krombach* consacre l'émergence d'un ordre public procédural européen. La Cour, en examinant les limites à l'autonomie procédurale des Etats membres, aurait saisi l'occasion de déclarer que certains principes communautaires constituent des dispositions d'ordre public communautaire¹⁰⁰.

La Commission elle-même semble se rallier à cette doctrine. Dans le Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire, on lit en effet que « *Traditionnellement chaque Etat membre dispose de son propre corps de règles d'ordre public international, mais avec la multiplication des dispositions impératives d'origine communautaire on assiste aujourd'hui à la naissance d'un "ordre public européen"* »¹⁰¹.

Cependant, nous ne pouvons pas nous rallier à cette doctrine. Ces récents développements jurisprudentiels ne constituent, à notre avis, qu'une sorte d'harmonisation du contenu de l'ordre public international des Etats contractants. Il n'est pas contestable que l'article 27/1 de la Convention de Bruxelles établit une certaine réserve de souveraineté en faveur de ces Etats, qui leur permet effectivement de refuser la reconnaissance d'un jugement étranger rendu dans un autre Etat membre, s'il enfreint leurs règles d'ordre public international. L'ordre public mentionné dans le texte de l'article 27/1, reste en principe une notion nationale, dont le contenu est différent de celui de l'ordre public communautaire, mais sur lequel la Cour de justice exerce un contrôle étroit¹⁰². Le fait que le corpus de cet ordre public puisse comporter des règles d'origine communautaire ne lui ôte pas son caractère national. Toute constatation

⁹⁹ Nourissat Cyril, « Compétence en matière internationale », *J.C.P.*, 2001, II, 10607, p.1899.

¹⁰⁰ Horatia Muir Watt, « Chronique de Jurisprudence - Communautés européennes- affaire *Krombach* », *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 488- 497, sp. p.493.

¹⁰¹ COM/2002/0654 final.

¹⁰² Hélène Gaudemet-Tallon, « Chronique de jurisprudence, Communautés européennes », *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 504-513, sp. p. 508. Dans l'affaire *Krombach*, l'avocat général a souligné plus clairement cette idée : « *compte tenu de ce que la Convention se réfère expressément à l'ordre public national de l'Etat requis.* » (*Rec.* 2000, § 24.

contraire ne pourrait avoir qu'une portée purement théorique à l'image de celle qui est établie en matière de *jus cogens*.

Nous estimons que la Cour a exprimé clairement cette idée dans l'affaire *Krombach* quand elle a défini l'atteinte à l'ordre public développé par l'article 27/1 : « *L'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »¹⁰³ (c'est nous qui soulignons).

A notre avis, la définition du contenu de cet ordre public à la lumière des principes du droit communautaire ne peut le transformer en un ordre public communautaire qu'en passant par les canaux procéduraux Communautaires. Le caractère national de la notion d'ordre public dégagée par la Cour dans ce cadre ne peut être contesté. Ce constat n'est pas affecté par le fait que le principe dégagé, à savoir la protection des droits de la défense, est un principe qui a été reconnu par la Cour comme d'ordre public communautaire. En effet, on ne peut pas déduire une certaine constante parallèle à cet égard, celle-ci n'aura qu'une portée doctrinale et risque d'être très incertaine, quelque soit le contexte juridique invoqué.

B) L'insertion directe de règles énoncées par la « Charte constitutionnelle » dans l'ordre public national : l'arrêt *Eco Suiss*

Cette méthode de la Cour n'a pas été, cependant, limitée à l'interprétation de la notion d'ordre public dégagée par les conventions conclues par les Etats membres dans le cadre de l'article 293 du traité CEE. Elle a été également transposée dans le cadre de l'interprétation des dispositions nationales d'ordre public. Si en principe, il n'appartient pas au juge

¹⁰³ Arrêt *Krombach*, précité, § 37.

communautaire, mais au juge national, d'identifier les dispositions de droit interne qui ont valeur de principes d'«ordre public» dans l'ordre juridique national, le juge communautaire serait qualifié pour procéder à une telle évaluation lorsque la règle d'ordre public de l'État membre peut être rattachée à une source de droit communautaire. S'agirait-il toujours d'un ordre public national ?

C'est le cas de l'affaire *Eco Swiss*¹⁰⁴. Il s'agissait d'un litige né à la suite de la résiliation avant terme par la Société Benetton d'un accord par lequel elle autorisait la société Eco Swiss à fabriquer et commercialiser des montres et horloges portant sa marque. Le contrat stipulait que tout litige ou différend entre les parties serait réglé par arbitrage conformément aux règles du Nederlandse Arbitrage Instituut. Benetton résilia le contrat trois ans avant le terme. Les sentences arbitrales qui furent rendues enjoignaient Benetton d'indemniser ses contractants. La firme demanda au *Rechtbank* l'annulation de ces sentences en faisant notamment valoir qu'elles étaient contraires à l'ordre public, car le contrat de licence avait été conclu en violation de l'article 81 du traité CEE¹⁰⁵. Par une requête postérieure, Benetton demanda également à cette juridiction, de surseoir à l'exécution de la sentence arbitrale finale. Le *Rechtbank* rejeta toutes ces demandes, en sorte que Benetton interjeta appel devant le *Gerechtshof te 's-Gravenhage*. Celui-ci décida de faire droit à la demande de sursis à l'exécution de la sentence arbitrale finale en estimant que, dans le cadre de la procédure en annulation, la sentence arbitrale finale pouvait être jugée contraire à l'ordre public. Face à cette décision, Eco Swiss n'a pas tardé à se pourvoir en cassation devant le *Hoge Raad*.

Afin de résoudre ce conflit qui était notamment relatif à l'application d'une disposition du droit communautaire, à savoir l'article 81 CE, le *Hoge Raad* décida de déférer certaines questions préjudicielles à la Cour de justice afin de savoir si une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande

¹⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, c-126/97, *Rec.* 1999, p. 3055.

¹⁰⁵ Le requérant s'est fondé sur l'article 1065 du Code de procédure néerlandais qui prévoit que l'annulation ne peut avoir lieu que pour un ou plusieurs des motifs suivants : a) absence de convention d'arbitrage valable ; b) le tribunal arbitral a été constitué en violation des règles applicables ; c) le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission ; d) la sentence n'a pas été signée ou n'a pas été motivée conformément aux dispositions de l'article 1057 ; e) la sentence ou la manière dont elle a été rendue est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81, alors que, selon ses règles de procédure internes, elle ne doit faire droit à une telle demande que pour un nombre limité de motifs, parmi lesquels figure la contrariété avec l'ordre public, laquelle ne recouvre pas, en général, selon le droit national applicable, la simple circonstance que le contenu ou l'exécution de la sentence arbitrale écarte l'application d'une interdiction édictée par le droit national de la concurrence.

La Cour a commencé par souligner l'importance que revêtent les règles de concurrence dans l'ordre juridique communautaire : *« l'article 81 CE constitue (...) une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur, et les auteurs du traité ont prévu expressément au deuxième paragraphe de l'article 81 CE que les accords et décisions interdits en vertu de cet article sont nuls de plein droit »*. C'est en se basant sur la fonction de cette disposition dans le droit communautaire, que la Cour de justice n'a pas hésité à intégrer l'article 81 dans le corpus des règles d'ordre public national¹⁰⁶. Elle a ainsi décidé que dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédures internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE.

En analysant cette jurisprudence, on ne peut que reprendre notre opinion déjà constatée à l'égard de l'affaire *Krombach*. Intégré à l'ordre public national sans être confondu avec lui, l'article 81 du traité CE garde toujours sa nature communautaire, même s'il constitue avec les autres principes nationaux un tout qui est l'ordre public national¹⁰⁷. Si le droit communautaire

¹⁰⁶ Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin, « Chronique de législation et de jurisprudence française- droit communautaire », *R.T.D.E.*, 2000, p. 340-344, p. 343.

¹⁰⁷ Sylvaine Poillot-Peruzetto soutenait que cette affaire ne constitue qu'une communautarisation des ordres publics internationaux des Etats membres (« L'ordre public en droit international », *J.D.I.*, 2000, p. 299-307, sp. p. 301). Voir pour une opinion contraire de la doctrine qui voit dans cette affaire une affirmation d'un ordre public communautaire, très particulièrement, Catherine Prieto, « Chronique de jurisprudence ; Communauté européenne », *J.D.I.*, 2000, p. 504-506 ; Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin, *Loc. cit* ; Laurence Idot, « Chronique de la jurisprudence européenne », *Revue d'arbitrage*, 1999, p. 639-653, sp. p. 643 ; P. Assimakis Komninos, *précité*, p. 473. Certains avocats généraux soutiennent cette idée. Voir en ce sens les conclusions de

entretient une relation étroite avec les droits des Etats membres auxquels il se superpose et dans lesquels il doit s'intégrer, il ne doit pas cependant être confondu avec l'un d'eux¹⁰⁸. Nous estimons que dans ces affaires, la Cour identifie les dispositions du droit interne qui ont valeur d'ordre public national, mais en y intégrant des principes de droit communautaire. Cependant, la notion d'ordre public dégagée reste inhérente à l'ordre juridique national et son contenu ne pourrait être identifié comme un ordre public communautaire¹⁰⁹. Le caractère d'ordre public de ces règles ne déploie ses effets qu'en fonction des principes qui régissent les règles d'ordre public national et qui varient certainement d'un pays à l'autre.

L'ordre public communautaire ne peut avoir pour objet une question de droit interne, à savoir la place d'une règle de droit communautaire dans la hiérarchie des normes internes, le mécanisme national de contrôle de la conformité de celles-ci au droit communautaire ou encore l'efficacité de la procédure juridictionnelle interne.

En revanche, il est difficile de constater qu'il s'agit d'une simple règles normatives communautaires qui est en cause dans cet arrêt. La Cour ne va pas intégrer dans l'ordre juridique national des règles communautaires si elles ne revêtent au moins un caractère contraignant. Le principe de libre concurrence consacré par l'article 81 du traité CEE qui, s'il n'a pas été reconnu par la Cour de justice comme un principe d'ordre public, n'en revêt pas moins une importance fondamentale pour le marché commun européen. Il doit être considéré, sans aucun doute, comme un principe d'ordre public communautaire.

l'avocat général Siegbert dans l'affaire *Renault*, *Rec.* 2000, p. 2973, § 67. Cette idée a été aussi confirmée par Mario Giuliano et Paul Lagarde dans leur rapport sur la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « *L'article 16 précise que c'est l'ordre public du for qui doit être heurté par l'application de la loi désignée. Il va de soi que cette expression englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des États membres de la Communauté européenne* » (J.O L. n° C 282 du 31 octobre 1980).

¹⁰⁸ Jean Boulouis, « A propos de la fonction normative de la Cour de justice : Remarque sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mélanges Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 149-163, sp. p. 150.

¹⁰⁹ Cependant, l'emprise de cette jurisprudence semble être limitée par le cadre des règles procédurales nationales, dans la mesure où l'impérativité des règles communautaires pourrait être écartée dans le cas où les règles procédurales internes ne connaissent pas du tout le concept d'ordre public ou ne garantissent pas une protection adéquate à l'ordre public (George Karydis, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable ». *R.T.D.E.*, 2002, p. 1-26, sp. p. 13 ; Gérard Jazottes, Monique Luby et Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « Chronique de législation et de jurisprudence », *R.T.D.E.*, 2000, p. 232-235, sp. p. 234).

Toutefois, avec l'imprécision qui règne sur cette jurisprudence, on ne peut que constater qu'il s'agit dans ce cas, simplement, d'une certaine communautarisation des règles d'ordre public national en fonction de caractéristiques communautaires et que ceci n'est pas susceptible d'affecter l'origine nationale de cet ordre public. Tant qu'une règle communautaire n'a pas été déclarée d'ordre public communautaire par le juge communautaire, tout rapprochement en fonction de données étrangères au contentieux communautaire ne pourrait avoir qu'une portée doctrinale, soulignant la nature de certaines règles contraignantes dégagées par l'ordre juridique communautaire.

SECTION 2. L'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE : UNE AFFIRMATION JURISPRUDENTIELLE DE LA NOTION

Si l'on vient de conclure que la notion d'ordre public communautaire ne peut être présumée à partir des textes, cependant, cette conclusion ne peut aboutir au constat que cette notion n'existe pas en droit communautaire, comme le soutiennent certains auteurs¹¹⁰. La constatation de ces auteurs repose sur l'analyse de la notion d'ordre public dans les textes relatifs aux restrictions apportées aux libertés de circulation et d'établissement, qui ne peut être considérée – comme nous venons de l'indiquer ci-dessus – comme une notion d'ordre public propre à l'ordre juridique communautaire.

¹¹⁰ Marie-Chantal Boutard Labarde, « *L'ordre public en droit communautaire* », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 83-88, sp. p. 83. Voir en ce sens Ami Barav, « La libre circulation des travailleurs », *R.T.D.E.*, 1977, p. 722-735.

La notion d'ordre public communautaire est bien présente, mais elle doit son existence à une affirmation jurisprudentielle (Sous-section 2). Il faut cependant constater que le juge communautaire ne pourra jouer un rôle fondamental dans sa définition si la nature de l'ordre juridique communautaire ne peut la prendre en charge. Du point de vue théorique, l'ordre juridique communautaire peut admettre une telle notion, empruntée au droit national, et l'y intégrer en tant que notion communautaire (Sous-section 1).

Sous-section 1. Les éléments favorisant l'avènement d'un ordre public communautaire

L'avènement d'un ordre public communautaire est concevable du point de vue juridique. En principe, l'ordre public est le signe de l'autonomie d'un ordre juridique. Sans l'indépendance assurée à cet ordre juridique par rapport aux ordres juridiques des Etats membres, l'existence d'une certaine catégorie de règles supérieures de nature communautaire ne pourrait pas voir le jour, ils seraient rester toujours enfermées dans la poche de l'ordre public national (§ 1er). Ces règles supérieures ne pourront, par ailleurs, exister et garder leur spécificité, si leur caractère impératif ne pouvait être imposé aux sujets de l'ordre juridique communautaire dans le cadre d'une Communauté de droit (§ 2).

§ 1^{er}. L'ordre juridique communautaire est un ordre juridique autonome¹¹¹

Il ne fait aucun doute que l'ordre juridique communautaire constitue un ordre distinct des ordres juridiques des Etats membres. En effet, le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique¹¹², mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, les droits et les obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle de ce

¹¹¹ P. Assimakis Komninos, « Court of justice-Case law », *C.M.L.*, 2000, p. 459-478, sp. p. 472.

¹¹² C.J.C.E., arrêt du 5 février 1963, Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen, c-26/62, *Rec.* 1963, p. 3.

droit¹¹³. L'autonomie de l'ordre juridique communautaire est un principe incontestable et fondamental du droit communautaire¹¹⁴. Le traité, comme l'affirme la Cour de justice, a créé un ordre juridique propre, distinct des systèmes juridiques des Etats membres, qui s'impose à leurs juridictions et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants¹¹⁵. *Le droit communautaire, différent à tous les égards des droits nationaux des pays membres, est un droit organisant un aspect parfaitement délimité de la vie de plusieurs Etats souverains qui ne constituent une Communauté que sous ce seul aspect*¹¹⁶.

Cette autonomie suppose l'indépendance des notions juridiques inhérentes à chaque ordre juridique. Ceci vaut particulièrement pour la notion d'ordre public. Malgré le fait qu'elle soit empruntée aux droits internes, cette notion doit être nécessairement distincte en droit communautaire. Elle devra être adaptée à la spécificité de l'ordre juridique communautaire et ne concernera que l'ensemble de règles relevant des traités constitutifs qui ont pour objet l'organisation et le fonctionnement de la Communauté européenne¹¹⁷. Cette notion ne comprend pas de normes ou de principes communs qui pourraient en quelque sorte constituer un dénominateur commun d'ordres publics, comme dans le cas de l'ordre public international, mais elle épuise ses sources directement dans les règles normatives du droit communautaire.

¹¹³ C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 1964, Commission /Luxembourg et Belgique, c-90 et 91/63, *Rec.* 1964, p. 1217.

¹¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, Flaminio Costa/E.N.E.L, c-6/64, *Rec.* 1964, p. 1141, sp. p. 1158. Voir en ce sens l'avis de la Cour du 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.* 1991, p. 6079.

¹¹⁵ C.J.C.E., arrêt du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, c-453/99, *Rec.* 2001, p. 6297. Voir également affaire *Van Gend en Loos* (précité) et arrêt du 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci/Italie, c-6/90, *Rec.* 1991, p. 5357, § 31.

¹¹⁶ Jose Luis Iglesias Buiges, « *La nature juridique du droit communautaire* », *C.D.E.*, 1968, p. 501-531, sp. p. 505.

¹¹⁷ Denys Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Colloque de Bordeaux : *Droit international et droit communautaire*, Paris, A. Pédone, 2000, p. 213.

§ 2. L'Union européenne est une « Communauté de droit »

L'avènement d'un ordre public en droit communautaire suppose primordialement l'existence d'une Communauté de droit.

La prééminence du droit signifie en premier lieu la suprématie absolue de la règle de droit régulièrement adoptée, qui s'oppose à l'influence du pouvoir arbitraire et exclut son existence¹¹⁸. L'Etat de droit c'est l'Etat dans lequel les pouvoirs publics sont, sous le contrôle du juge, limités par la règle de droit afin que les droits individuels soient protégés¹¹⁹. La Communauté européenne, constituée d'Etats de droit, est nécessairement une Communauté de droit¹²⁰. D'une part, sa création comme son fonctionnement, repose sur l'égal respect par les Etats membres de l'ordre juridique communautaire¹²¹. D'autre part, les institutions européennes ne peuvent pas échapper au contrôle de la conformité de leurs actes avec la charte constitutionnelle communautaire de base¹²². Leurs actes sont soumis à un contrôle très strict par le juge communautaire en vertu des règles du droit communautaire. Cet Etat de droit est indispensable pour la mise en œuvre des règles d'ordre public communautaire. Comme l'a constaté l'avocat général Darmon dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Johnston* « si le principe de légalité est la pierre angulaire de l'Etat de droit, il n'est pas exclusif de la prise en considération des nécessités de l'ordre public. Il se doit même de les intégrer pour que puisse être assurée la survie de l'Etat tout en prévenant l'arbitraire (...) à cet effet, le contrôle

¹¹⁸ A.V. Dicey, *Introduction of the study of law of the constitution*, Macmilan, Londres, 1973, cité par Caroline Picheral, *L'ordre public européen*, Paris, La documentation française, 2001, p. 262.

¹¹⁹ Guy Guillermin, « Principe de l'équilibre institutionnel », *J.D.I.*, 1992, p. 319-349, sp. p. 345.

¹²⁰ L'usage du terme « Communauté de droit » pour qualifier les Communautés européennes est dû au président Walter Hallstein, par référence à ce que les juristes nomment « l'Etat de droit » (*id.*, p. 345). Le terme a été également retenu par la Cour de justice à plusieurs reprises : « le traité CE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Les traités ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants » (avis de la Cour du 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.* 1991, p. 6079).

¹²¹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, arrêt du 15 mai 1986, c-222/84, *Rec.* 1986, p. 1656. Voir en ce sens C.J.C.E., ordonnance du 22 juin 1965, San Michele/Haute Autorité, c-9/65, *Rec.* 1967, p. 35.

¹²² C.J.C.E., ordonnance du 13 juillet 1990, Procédure pénale/Zwartveld e.a, c-2/88, *Rec.* 1990, p. 3365.

juridictionnel constitue une garantie fondamentale : le droit au juge est inhérent à l'Etat de droit »¹²³

En effet, le traité par ses articles 226, 230, 232 et 235, d'une part, et par son article 234, d'autre part, a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice et au Tribunal de première instance des Communautés européennes le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires¹²⁴. Il existe ainsi au sein de la Communauté deux organes juridictionnels chargés d'imposer le respect du droit communautaire. Leur juridiction est obligatoire et ne peut être subordonnée à l'acceptation des parties au litige^{125 126}.

C'est donc l'existence de ce système juridictionnel, dont les fonctions ont été bien définies, qui va permettre au juge communautaire de pouvoir garantir le respect des fondements essentiels de l'ordre juridique communautaire.

¹²³ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, arrêt du 15 mai 1986, *Rec.* 1986, p. 1651, sp. p. 1656.

¹²⁴ C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, c-294/83, *Rec.* 1986, p. 1339.

¹²⁵ La juridiction obligatoire des juridictions communautaires est déduite principalement de l'article 292 CE qui prévoit que les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci.

¹²⁶ Il suffit que ces conditions soient satisfaites pour qu'un ordre public puisse être développé dans l'ordre juridique communautaire sans la nécessité d'exiger l'institution d'une certaine hiérarchie de normes qui s'apparente de loin ou de près au modèle de Kelsen. L'existence d'une telle hiérarchie de normes ne peut pas constituer une condition fondamentale pour l'existence de la notion d'ordre public. Des règles de droit appartenant à un même niveau dans la hiérarchie juridique peuvent revêtir des valeurs différentes et seules certaines d'entre elles jouiront d'une valeur d'ordre public. Ainsi donc, le caractère d'ordre public n'est pas lié à la position de la règle dans la pyramide des normes mais plutôt au caractère fondamental du droit qu'elle protège.

Sous-section 2. Le juge communautaire et l'ordre public communautaire

§ 1^{er}. Le rôle du juge communautaire

C'est le juge communautaire qui a pris le soin de relever l'importance de certaines règles du droit communautaire en leur attribuant le caractère d'ordre public. L'ordre public communautaire constitue un champ de travail très fertile pour le juge, du fait que le droit communautaire ne qualifie d'ordre public aucune de ses normes. L'ordre public communautaire est, en réalité, un ordre public virtuel et non pas textuel, ce qui fait de la découverte des règles d'ordre public un travail qui incombe totalement au juge communautaire. L'aménagement institutionnel des Communautés a fait de lui quelque chose de plus qu'un organe passif¹²⁷. Du fait que ses jugements ne peuvent être condamnés par aucune institution communautaire ou par aucun Etat membre, il s'est vu reconnaître le droit de suppléer les carences du droit communautaire, comme celle de l'inexistence d'une réglementation de la notion d'ordre public.

Il est opportun de faire remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le juge qualifie une règle d'ordre public communautaire pour qu'on puisse la considérer comme telle. En effet, le terme « ordre public communautaire »¹²⁸ n'a jamais été mentionné qu'une seule fois dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance. C'est à l'occasion de l'affaire

¹²⁷ Jean Boulouis, *précité*, 151.

¹²⁸ Il faut admettre que la Cour évite toujours de prononcer ce terme même si l'une des parties invoque le caractère d'ordre public d'une disposition. Par exemple, dans l'affaire *Commission/France*, les parties ont invoqué le caractère d'ordre public communautaire de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Cependant, la Cour n'a pas abordé cette question et s'est contentée de préciser que la répartition des compétences est une exigence fondamentale de l'ordre juridique que la Cour contrôle, sans toutefois prendre position sur ce caractère d'ordre public (arrêt du 10 décembre 1969, c-6/69, *Rec.* 1969, p. 523). Voir également l'affaire *Van Landewyck/Commission*, dans cette affaire, le caractère d'ordre public du principe du secret professionnel a été invoqué devant la Cour, mais celle-ci s'est dispensée de se prononcer sur ce caractère en se contentant de préciser que cette irrégularité de procédure n'entraînerait l'annulation en tout ou en partie de la décision que s'il était établi qu'en absence de cette irrégularité, la décision attaquée aurait pu avoir un contenu différent (arrêt du 29 octobre 1980, c-209/78, *Rec.* 1980, p. 3125).

*San Michele*¹²⁹, en 1969, que la Cour a consacré expressément cette notion en valorisant le principe de primauté du droit communautaire et en le mettant au rang des principes d'ordre public communautaire.

Le juge peut parfois se contenter de déclarer simplement que la règle en cause est d'ordre public, mais dans un contexte tel qu'il ne subsiste aucun doute quant au fait qu'il s'agit d'un ordre public communautaire. Cependant, le plus souvent, ce caractère est déduit du pouvoir de soulever d'office que le juge communautaire exerce à l'égard de certains moyens. Les règles de droit ainsi protégées par ces moyens sont incontestablement d'ordre public communautaire.

Il faut bien préciser, à cet égard, qu'une règle de droit communautaire ne pourrait se voir reconnaître une valeur d'ordre public qu'après une déclaration expresse ou implicite du juge communautaire. Une telle déclaration prononcée par le juge national d'un Etat membre ne pourrait avoir pour conséquence l'attribution de ce caractère à une règle ou un principe communautaire. En effet, le juge national, quand il considère un principe du droit communautaire comme étant d'ordre public, ne fait que concrétiser son propre ordre public national.

Il convient cependant de préciser qu'en soulignant qu'un principe est d'ordre public communautaire, le juge ne fait que révéler le caractère d'ordre public de ce principe. En d'autres termes, il ne crée pas de nouvelles normes juridiques, mais il découvre leur caractère supérieur d'ordre public. Si l'observateur des activités du juge communautaire est frappé par son activité normative¹³⁰, cependant il est manifeste que celui-ci ne peut aller jusqu'à créer des normes supérieures du droit communautaire. Dans le cadre de l'ordre public communautaire,

¹²⁹ C.J.C.E., ordonnance du 22 juin 1965, *San Michele*/Haute Autorité, c-9/65, *Rec.* 1967, p. 35.

¹³⁰ Paul Demaret, « La Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes : Etude d'histoire comparée*, Robert Jacob [Dir], Paris, L.G.D.J., 1996, p. 352.

le juge communautaire se contente d'apprécier le lien entre la règle et l'état du milieu institutionnel où elle est d'application¹³¹.

§ 2. Les méthodes du juge communautaire

Pour révéler le caractère d'ordre public d'une règle, le juge communautaire ne s'est pas imposé une ligne fixe. L'indépendance dont jouit le juge communautaire lui sert à définir ses propres méthodes d'interprétation et à choisir les sources juridiques sur lesquelles il fonde sa décision.

Il est manifeste que, dans la plupart des cas, l'appréciation du caractère d'ordre public est fonction de caractéristiques juridiques inhérentes à l'ordre juridique communautaire lui-même. Le mécanisme employé par le juge communautaire dans ce contexte a été bien résumé par l'avocat général Jacobs dans son étude sur le caractère d'ordre public des délais de procédure administrative : « *La Cour ne recourt normalement à aucun principe général mais tient compte d'une série de critères, tels que le libellé de la disposition, sa place dans le système, la marge d'appréciation de la Commission dans ce domaine, la finalité du délai à la lumière des objectifs de la législation et les conséquences des deux interprétations possibles pour le principe de sécurité juridique* »¹³².

Toutefois, il arrive qu'en la matière, le juge communautaire procède à des emprunts aux droits nationaux des Etats membres. A cet égard, le juge ne fait qu'appliquer une méthode qui lui est

¹³¹ Rappr. Alain-Charles Van Gysel et Jean-François Romain, « L'ordre public entre Hétérogénéité et Homogénéité, in *L'ordre public : concept et applications*, précité, p. 312.

¹³² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Salzgitter/Commission*, arrêt du 13 juillet 2000, c-210/98, *Rec.* 2000, p. 5843.

familière. Cependant, il faut relativiser les choses. Il ne s'agit pas, en réalité, d'un travail normatif, à l'image de celui qui est effectué par le juge communautaire dans les autres domaines du droit communautaire. Ce recours aux droits nationaux est aussi bien limité dans son domaine d'application que dans sa portée, de sorte qu'il ne peut affecter l'autonomie de la notion d'ordre public.

Le recours au droit des Etats membres peut aller jusqu'à l'importation d'un principe d'ordre public des droits des Etats membres¹³³. Dans ce cas, les règles importées doivent être conformes aussi bien à l'objectif de la Communauté qu'à sa structure¹³⁴. Le juge communautaire en dégage ainsi des solutions juridiques qui s'intègrent ainsi dans le droit communautaire¹³⁵. Le cas principal où le juge communautaire a expressément mentionné cette méthode est relatif au principe de l'inexistence. Dans sa première mise en œuvre par la Cour, à l'occasion de l'affaire *Abruzzo*¹³⁶, la Cour a déclaré expressément qu'il a été emprunté aux droits des Etats membres : « *En ce qui concerne l'inexistence, il y a lieu de relever que, comme dans les droits nationaux des divers Etats membres, un acte administratif, même irrégulier, jouit, en droit communautaire, d'une présomption de validité, jusqu'à ce qu'il ait été annulé ou retiré régulièrement par l'institution dont il émane. Qualifier un acte d'inexistant permet de constater, en dehors des délais de recours, que cet acte n'a produit aucun effet juridique* »¹³⁷. La Cour s'est également référée aux droits des Etats membres pour déterminer les conditions d'application de cette règle : « *Pour des raisons de sécurité juridique manifestes, cette qualification doit, dès lors, être réservée, en droit communautaire,*

¹³³ Le recours aux droits nationaux peut être justifié par le fait de l'appartenance des membres de la Cour à une variété de cultures juridiques, du multilinguisme des textes et des concepts soumis à son analyse (Koen Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R.T.D.E.*, 2001, p. 487-527, sp. p. 490).

¹³⁴ *Id.*, p. 493.

¹³⁵ Louis Cartou, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire », *Mélanges Waline*, 1974, Paris, L.G.D.J., p. 163-171, sp. p. 171.

¹³⁶ C.J.C.E., arrêt du 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commission*, c-15/85, *Rec.* 1987, p. 1005.

¹³⁷ *Id.*, § 10.

comme elle l'est dans les droits nationaux qui la connaissent, aux actes affectés de vices particulièrement graves et évidents »¹³⁸.

Cette méthode est principalement appliquée dans le cadre de la mise en œuvre des règles régissant la recevabilité des recours communautaires. On voit par exemple aussi que le juge a dégagé le principe d'intérêt à agir en se référant à un principe incontestablement établi dans l'ordre juridique de tous les Etats membres¹³⁹.

Le recours aux droits nationaux peut se limiter parfois à des règles développées par un seul droit national¹⁴⁰. C'est le cas notamment du droit français, qui a fortement influencé le droit procédural communautaire. L'exemple principal de cette jurisprudence est, sans contexte, l'importation de la règle relative au recours parallèle au droit communautaire. Cette règle a été principalement empruntée au droit français dans lequel elle est née et développée¹⁴¹.

Il faut enfin constater que le juge communautaire peut se trouver obligé, en vertu du droit communautaire, de recourir aux solutions qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux, pour découvrir le caractère d'ordre public d'une règle de droit communautaire. C'est le cas notamment en matière de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Il est constant qu'en vertu de l'article 288 du traité CEE, le recours en indemnité est régi principalement par les principes généraux communs aux Etats membres. Le juge est ainsi obligé de recourir à ces principes en statuant sur la réparation des dommages causés par les

¹³⁸ *Ibid.*, § 10.

¹³⁹ Sur la jurisprudence communautaire concernant l'intérêt à agir, voir *infra*, Partie I, Chapitre II, p. 177.

¹⁴⁰ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général présentées à la Cour dans l'affaire *Hoogovens NV/Haute Autorité*, : « la jurisprudence de la Cour, dans la mesure très large où elle fait appel aux droits nationaux pour dégager les règles de droit relatives à l'application du traité, ne se contenterait pas de puiser ses sources dans une sorte de moyenne plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales, mais choisirait dans chacun des pays membres celles qui, compte tenu des objets du traité, lui paraîtraient les meilleurs (Rec. 1962, p. 485). Suivant le même raisonnement, dans l'affaire *Kampffmeyer*, l'avocat général a affirmé, dans ses conclusions, que le renvoi aux principes communs n'obligeait pas le juge de Luxembourg à rechercher un dénominateur commun ou des solutions consacrées par les systèmes juridiques de tous les Etats concernées, mais l'invitait à accomplir « une œuvre de comparaison et de création » (Rec. 1967, p. 317).

¹⁴¹ Voir *infra*, Partie, I, Chapitre V, p. 247.

institutions communautaires ou par leurs agents. La solution à donner au caractère d'ordre public de certaines règles régissant cette matière est également tranchée par le juge communautaire en fonction des principes communs aux Etats membres, même s'il s'agit de règles du droit communautaire.

Afin de bien illustrer ce cas, il convient de se référer principalement à l'exemple de l'affaire *Roquette frères*¹⁴², dans laquelle la Cour s'est trouvée confrontée à la question de savoir si la prescription de l'action extracontractuelle de la Communauté, prévue à l'article 46 du statut de la Cour, constitue une règle d'ordre public ou non. A cette fin, comme la Cour l'indiqua clairement dans son raisonnement, elle s'est référée aux droits des Etats membres afin d'y apporter une réponse et a considéré qu'un « examen comparé des systèmes juridiques des Etats membres fait apparaître qu'en règle générale et à quelques exceptions près, le juge ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action en indemnité ». Par conséquent, elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le problème de la prescription éventuelle de l'action¹⁴³.

Ainsi, le recours aux droits des Etats membres pour la solution à donner à la nature du délai de prescription de l'action en réparation extracontractuelle, n'était dans ce cas, qu'une application expresse de l'article 288 CE.

En tout état de cause, ce recours aux droits nationaux par le juge communautaire ne doit pas être considéré comme une dérogation ou une menace à l'autonomie de la notion d'ordre public communautaire, puisque le mécanisme de sélection appliqué généralement par le juge communautaire aux sources externes implique le refus de tout système de *congruence ou de renvoi pur et simple à des normes d'origine extracommunautaire*. La sélection est elle-même

¹⁴² C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, *Roquette frères/Commission*, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553.

¹⁴³ *Id.*, §§ 12 et 13.

dépendante de l'adéquation ou de la cohérence au regard des exigences proprement communautaires¹⁴⁴.

On peut considérer que le juge communautaire n'accomplit pas une tâche normative en mettant au jour une nouvelle règle supérieure qui n'était pas reconnue par le droit communautaire. En effet, les règles importées doivent être considérées comme la mise en œuvre de certains principes supérieurs qui régissent le droit communautaire. A titre d'exemple, dans le cas de « l'inexistence », c'est la protection du principe de la sécurité juridique qui peut justifier en droit communautaire l'irrecevabilité des actes inexistants. Comme les traités européens, la plupart du temps, ne font que créer le cadre normatif, sans en préciser le contenu, la Cour a donc pour tâche de préciser les conditions d'application des traités en réduisant les contradictions que peuvent contenir leurs dispositions et en comblant éventuellement les lacunes du droit communautaire, ce qui ne peut pas prendre la forme d'un véritable travail normatif.

SECTION 3. LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE

Sous-section 1. Un ordre public et non des ordres publics

Si la notion d'ordre public communautaire est empruntée au droit national, elle revêt dans le contexte communautaire des caractéristiques différentes. C'est une notion qui suit le processus de l'intégration européenne et repose sur une conception *plus ou moins harmonisée de l'intérêt communautaire*¹⁴⁵. Par conséquent, l'ordre public communautaire ne peut être conçu qu'en étroite liaison avec les buts et les besoins de la Communauté européenne, et non avec les valeurs communes aux Etats membres de cette Communauté. La notion de l'ordre

¹⁴⁴ H. Labayle, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *R.T.D.E.*, 1997, p. 846.

¹⁴⁵ George Karydis, *précité*, p. 25.

public communautaire s'éloigne de l'idée d'un ordre public commun aux Etats membres. L'existence d'un tel ordre public, quelles que soient sa forme ou sa conception, nécessiterait l'établissement d'une Communauté homogène et totalement intégrée, sacrifiant la souveraineté de chaque Etat au profit de cette Communauté. Il est vrai que la Communauté favorise une certaine cohésion régionale européenne ; il n'en reste moins qu'elle n'a pas déjà atteint le niveau favorable à l'existence d'un tel ordre public¹⁴⁶.

L'ordre public communautaire ne peut être considéré que comme un seul ordre public qui puise directement ses sources dans le droit communautaire. Ce n'est pas une notion, comme en droit national, qui s'avère spécifique à un « milieu » conçu comme une seule société¹⁴⁷. C'est une notion encore embryonnaire qui, pour l'heure, ne peut trouver ses sources ailleurs que dans le droit communautaire et ses principes généraux¹⁴⁸. Par conséquent, cet ordre public ne peut pas être affecté dans son contenu, au fur et au mesure de l'élargissement de l'Union, puisqu'il ne constitue pas un panier des ordres publics des Etats membres. L'adhésion de nouveaux Etats à l'Union n'affecte pas l'essentiel du droit communautaire ; c'est le droit interne de ces Etats qui subit le changement important. Il suffit que ces Etats aient accepté la « charte constitutionnelle » communautaire pour que le droit communautaire s'impose dans leur droit interne.

On ne peut ainsi considérer que l'ordre public communautaire constitue une notion analogue à celle du *jus cogens*, qui est reconnue en droit international. Cette notion comprend toutes les

¹⁴⁶ Si le droit communautaire ne cesse pas de mener des actions d'harmonisation dans les différents domaines, cependant l'homogénéité qui en résulte doit être relativisée, car elle porte uniquement sur des aspects techniques (Caroline Picheral, *L'ordre public européen*, précité, p. 175).

¹⁴⁷ S'il est vrai que les citoyens de l'Union européenne possèdent une identité culturelle commune (l'identité européenne occidentale) cependant, le milieu social européen est marqué par l'hétérogénéité, et une divergence dans les valeurs, les langues et les religions. Nous rejoindrons donc l'avis du professeur Frédéric Sudre, en vertu duquel, l'existence d'un ordre public dans le milieu hétérogène européen actuel est difficile à concevoir (F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39).

¹⁴⁸ Ce constat ne peut être contesté par le fait qu'une grande partie des principes du droit communautaire sont à l'origine inspirée des droits des Etats membres. En effet, ces règles perdent immédiatement leur origine dès qu'ils sont intégrés dans le droit communautaire.

normes ayant une valeur supérieure et communément acceptées par les sujets du droit international. Elles constituent donc une sorte d'ordre public commun aux sujets du droit international, ce qui n'est pas le cas de l'ordre public communautaire. On peut d'ailleurs ajouter que, contrairement à l'ordre public communautaire, ces règles sont dépourvues d'une sanction réelle dans l'ordre juridique international. Même si l'article 53 de la Convention de Vienne prévoit expressément la nullité des traités qui sont conclus en violation du *jus cogens*, aucune application de cette notion n'a été faite par la Cour internationale de justice¹⁴⁹.

Sous-section 2. L'ordre public communautaire : une notion à contenu très réduite

L'affirmation de l'existence d'un ordre public communautaire ne signifie pas que cette notion est de même ampleur qu'en droit national. Nous avons pu constater qu'en dépit de la reconnaissance de cette notion par le juge communautaire, son contenu s'avère très réduit. Ceci est justifié par deux raisons principales : la première émane de la nature du contentieux communautaire et de son caractère administratif (§1). La deuxième raison procède de l'état actuel de l'intégration communautaire, qui empêche la protection matérielle de la violation des principes d'ordre public (§2).

§1. La nature du contentieux communautaire

Le caractère administratif du contentieux communautaire a généralement influencé négativement le contenu des règles d'ordre public communautaire (A) Par ailleurs, ce caractère a incité le juge communautaire à introduire une autre limitation au contenu de cet ordre public en introduisant une distinction entre légalité externe et interne(B)

¹⁴⁹ D'ailleurs, le droit communautaire constitue un système juridique différent du droit international et plus développé, en dépit que la charte constitutive des Communautés est un traité international et que son élaboration, sa forme et sa ratification se conforment aux modèles classiques du droit international. La notion de *jus cogens* ne peut être qu'inhérente au stade primitif du développement du droit international (Hélène Ruiz Fabri, « L'ordre public et le droit international », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, ordre public et droits fondamentaux*, précité, p. 96-97).

A) En l'état actuel des choses, le système juridictionnel communautaire est conçu principalement pour contrôler l'action des institutions communautaires et des Etats au regard du droit communautaire. Tous les recours du contentieux communautaire directs sont mobilisés à cette fin. La mise en œuvre des cas individuels du droit communautaire relève en général des autorités administratives nationales. C'est, selon les termes de M. René Joliet, un système de gestion administrative indirecte¹⁵⁰.

Tel est le cas notamment des recours en annulation, carence et indemnité. Le recours en manquement quant à lui ne peut constituer une exception, en dépit du fait qu'il est destiné à imposer le respect du droit communautaire aux Etats membres en ne se limitant pas à l'application des règles relevant du droit public communautaire. Le pouvoir du juge dans le cadre de ce recours est limité à constater si l'Etat membre a manqué à l'une de ses obligations en vertu du droit communautaire. Le manquement des Etats est prédéfini par la Commission dans la phase précontentieuse du recours, le juge communautaire n'a pas le pouvoir de constater d'autres manquements. Il ne pourrait donc soulever un moyen relatif à la violation du droit communautaire qui n'a pas été soulevé par la Commission dans la phase précontentieuse du recours.

Ceci impliquait que l'ordre public communautaire soit composé uniquement de règles supérieures régissant l'activité administrative communautaire et l'organisation de son contentieux. Les règles communautaires régissant les relations privées des citoyens européens comme les contrats, les ententes, les relations de travail, etc. qui constituent le domaine principal d'intervention de la notion d'ordre public en général, ne sont pas soumises à un contrôle direct de la Cour de justice et, partant, sont exclues du domaine de l'ordre public communautaire, si elles ne régissent pas en même temps l'activité administrative communautaire. L'invocation de l'ordre public comme une exception à la liberté contractuelle

¹⁵⁰ René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1981, p. 168.

n'est pas envisageable devant la Cour¹⁵¹. La règle d'ordre public est invoquée nécessairement pour faire échec à l'application d'une norme du droit communautaire dérivé.

Certes la violation de ces principes pourrait être mise indirectement au juge communautaire saisi à l'occasion d'un recours en interprétation. Cependant, il s'agit de l'application des règles communautaires dans les ordres juridiques communautaires, tandis que la notion d'ordre public communautaire ne déploie d'effets que dans l'ordre juridictionnel communautaire. Pour l'application des règles communautaires dans les ordres juridiques nationales peu importe que la règle en cause soit d'ordre public communautaire : toutes les règles du droit communautaire s'applique d'une manière impérative dans l'ordre juridique national.

Le seul moyen offert au juge communautaire, et qui pouvait lui servir pour découvrir d'autres règles d'ordre public communautaire en dehors du cadre administratif, est la clause compromissoire prévue par l'article 238. En vertu de cet article, la Cour de justice est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte. La clause compromissoire confère donc à la Cour de justice une compétence large à l'égard de l'application du droit communautaire, sans aucune restriction au regard d'une certaine catégorie de règles. Toutefois, cette possibilité offerte au juge est presque théorique, car, dans le plupart des cas, ce n'est pas le droit communautaire qui est applicable au contrat, mais un droit national. Les règles d'ordre public sont déjà fixées par la loi du contrat.

B) Comme on va l'étudier un peu plus loin¹⁵², la Cour a posé un principe, emprunté au droit administratif français, en vertu duquel elle a écarté du champ d'application de l'ordre public

¹⁵¹ La Cour ne possède à cet égard qu'un pouvoir limité d'interprétation dans le cadre du renvoi préjudiciel.

¹⁵² Voir *infra*, chapitre III, sect. I., § 1.

toute règle qui porte sur la légalité interne des actes communautaires¹⁵³, même s'il s'agit de règles impératives qui lient les institutions communautaires dans l'exercice de leur pouvoir et dans leur fonctionnement¹⁵⁴. Ce principe ne trouve aucune base ou justification juridique, il s'agit à notre avis, d'une certaine construction prétorienne du juge communautaire qui s'applique à toute règle relative à la violation du traité, quel que soit le cadre d'action dans lequel elle est invoquée.

Par conséquent, on assiste à un ordre public limité aux règles de procédures judiciaires et les règles relatives à la légalité externe de l'acte communautaire. Toute règle communautaire impérative qui ne relève pas de la légalité externe est exclue du domaine de l'ordre public.

Certes, cette position est injustifiable notamment lorsqu'il s'agit des principes constitutionnels du marché commun communautaire ou des droits fondamentaux. Certains de ces principes peuvent être qualifiés, sans doute, de principes de base de la Communauté et devraient être forcément considérés comme des principes d'ordre public. C'est le cas, par exemple, des articles instaurant les quatre libertés fondamentales sur lesquelles repose le marché commun. On peut également avoir d'autres principes constitutionnels communautaires comme le principe démocratique, le principe de la primauté et de l'effectivité du droit communautaire.

¹⁵³ C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719.

¹⁵⁴ Partant, on trouve que la Cour refuse d'attribuer le caractère d'ordre public aux différents droits fondamentaux reconnus par le droit communautaire, même si elle approuve leur caractère fondamental pour la Communauté. Voir par exemple, pour le refus de considérer le moyen relatif au délai excessif de l'examen de la plainte devant la Commission constituée comme d'ordre public, C.J.C.E., ordonnance du 20 septembre 2001, *Asia Motor France e.a./Commission*, c-1/01, *Rec.* 2001, p. 6349.

§ 2. L'inexistence d'une acception matérielle de l'ordre public communautaire

Force est de constater qu'au stade actuel du processus d'intégration communautaire, il est difficile d'appliquer les divisions conceptuelles opérées dans le cadre de la notion nationale de l'ordre public à l'ordre public communautaire. Il faut reconnaître que cet ordre public ne saurait être étudié qu'en vertu de l'acception normative de la notion. Il ne fait aucun doute qu'on ne peut pas concevoir l'existence d'un ordre public communautaire matériel à l'image de celui qui existe en droit interne.

Puisque la souveraineté des Etats membres n'a pas été sacrifiée au profit de la Communauté, on ne peut admettre l'existence d'un ordre public matériel communautaire, mais seulement celle d'ordres publics matériels nationaux. Il faut reconnaître en effet que l'existence d'une telle conception de l'ordre public au niveau communautaire nécessite une intégration politique entre les Etats membres de l'Union européenne qui n'a pas été atteinte notamment en raison de la prédominance du caractère économique des mouvements d'intégration communautaire.

Cette idée paraît correspondre aux conclusions de l'avocat général M. Mayras, présentées à l'occasion de l'affaire *Van Duyn*, dans lesquelles il a souligné la différence entre un concept normatif de l'ordre public communautaire et un autre matériel, en estimant que ce dernier ne peut exister faute d'une notion communautaire de sécurité : *« S'il existe bien « un ordre public communautaire » dans les domaines où le traité a pour objet ou pour effet de transférer directement aux institutions communautaires des compétences antérieurement exercées par les Etats membres, il ne peut s'agir que d'un ordre public économique(...) il nous paraît qu'en l'état actuel des choses et du droit, les Etats jouissent seuls, sous les réserves qu'appellent précisément certaines dispositions communautaires telles que la directive n°64/221, du pouvoir de prendre les mesures qu'impose la protection de la sécurité publique sur leur territoire et d'apprécier en quoi cette sécurité pourrait être mise en*

péril »¹⁵⁵. Selon l'avocat général, une telle notion de sécurité ne pourrait revêtir de nature communautaire *dans la mesure où les exigences de la sécurité publique varient, dans le temps et dans l'espace, d'un Etat à un autre*¹⁵⁶.

Cependant, on peut faire le constat qu'un noyau pour un futur ordre public matériel a été institué par le traité d'Amsterdam¹⁵⁷, notamment par les nouveaux développements de la politique de sécurité européenne et de la coopération policière entre Etats membres qui ont été couronnés par la création de l'Europol. En principe, l'aspect sécuritaire de la Communauté est inhérent au pilier intergouvernemental dont l'objectif est, selon l'article 29 TUE, la coopération policière¹⁵⁸. Pour lutter contre le crime organisé et le terrorisme, une action efficace ne peut être menée au niveau européen que par le développement d'un cadre commun pour la coopération judiciaire et policière entre Etats membres en matière d'enquêtes et de poursuites. A cette fin, le traité d'Amsterdam a créé un organisme : « Europol », chargé d'assurer une coopération étroite entre les forces de police, les autorités douanières et les autres autorités compétentes dans les États membres (article 29 du traité UE). Le domaine d'action de cet organisme couvre des domaines qui revêtent un caractère très important pour la sécurité communautaire, à savoir la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude. Le traité a ainsi chargé le Conseil d'ôter tout obstacle qui peut interrompre l'activité de l'Europol, notamment en arrêtant des mesures destinées à permettre à celui-ci de demander aux autorités compétentes des États membres de mener et de coordonner leurs enquêtes dans des affaires précises, et de développer des compétences spécialisées pouvant être mises à la disposition

¹⁵⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Yvonne Van Duyn/Home Office, c-41/74, *Rec.* 1974, p. 1354, sp. p. 1358.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 1358.

¹⁵⁷ C. Grewe, « Europol », in *L'Ordre public : Ordre public ou Ordre publics, Ordre public et droits fondamentaux*, précité, p. 318-336, sp. p. 319. Voir en ce sens, Georges Karydis, *précité*, sp. p. 21. Selon l'auteur en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice comme celui qui figure à l'article 2 du traité U.E un ordre public européen de sécurité intérieur pourrait se former qui serait fondé sur les intérêts communs aux Etats membres et qui dépasserait les frontières des ordres publics des Etats membres.

¹⁵⁸ Georges Karydis, *précité*, p. 21.

des États membres pour les aider dans des enquêtes sur la criminalité organisée (Art 30/2b du traité UE)¹⁵⁹.

Il est manifeste que ces dispositions communautaires ne possèdent pas un effet contraignant à l'encontre des États membres¹⁶⁰. L'Europol n'est rien de plus qu'une forme développée de coopération intergouvernementale européenne et elle est pleine d'ambiguïté. On ne peut certes prétendre que l'édification d'une institution chargée de combattre le crime organisé au niveau communautaire comme l'Europol puisse occuper une place identique à celle qu'occupe la police administrative en droit interne. Cependant, ces dispositions peuvent être considérées comme *une émergence d'un nouveau type d'ordre public*¹⁶¹, par la constitution d'un corpus de règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales dans le domaine visé par l'article 29 du traité UE¹⁶². Un nouvel ordre public matériel, certainement compris dans un sens très étroit, limité au combat contre le crime.

Ce nouveau noyau d'ordre public pourrait être consolidé par la mise en oeuvre d'une véritable politique commune en matière d'immigration et d'asile¹⁶³. La gestion commune des flux migratoires apparaît clairement indispensable. Une forme d'harmonisation des législations s'impose pour atteindre les objectifs communs, notamment lorsqu'il s'agit de définir le régime européen de l'asile et le statut commun à accorder aux immigrants à l'intérieur de l'espace

¹⁵⁹ Dans ce contexte, on doit également prendre en considération les dispositions du titre V du traité U.E concernant la politique étrangère et de sécurité commune.

¹⁶⁰ De plus, le titre VI n'implique aucun transfert de compétence à un organe supranational, parce que, selon l'art 64 C.E l'action de la Communauté dans ce domaine ne doit porter atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.

¹⁶¹ C. Grewe, *précité*, p. 320.

¹⁶² A l'image de la décision cadre sur le terrorisme qui énonce une définition des actes terroristes et la fixation de niveau de sanction qui reflète la gravité de ces actes, et la forme de participation à l'infraction et les circonstances atténuantes (COM/2001/521 final, cité par Georges Karydis, *précité*, p. 22).

¹⁶³ Notamment en matière de l'octroi de visas. Dans le souci de préserver l'ordre public interne, l'Etat d'accueil exige de l'étranger d'être porteur d'un visa qui ne sera accordé qu'après appréciation de la menace que l'étranger peut constituer pour l'ordre public. La mise en oeuvre d'une politique commune en cette matière pourra dessiner certaines lignes directrices qui pourront former à terme le socle d'un ordre public communautaire des visas.

européen¹⁶⁴. La mise en œuvre d'une telle politique ne pourrait être réalisable que par une communautarisation de la réserve de l'ordre public prévu par le traité *via un contrôle intensifié de la Cour, en réduisant son champ d'application et en précisant son cadre juridique au point qu'il ne restera plus guère de marge d'appréciation aux Etats*¹⁶⁵.

L'idée de ce nouveau ordre public embryonnaire a été soulignée par la Commission dans sa communication « vers un espace de liberté, de sécurité et de justice » du 14 juillet 1998 : *« Dans le cadre de la consolidation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, la notion d'ordre public apparaît comme un dénominateur commun au sein d'une société démocratique et d'un Etat de droit. Avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ce concept jusqu'à présent principalement déterminé par chacun des Etats membres, devra aussi être apprécié à l'aune du nouvel espace européen (...) il conviendra de dégager progressivement les contours d'un ordre public européen fondé sur une évaluation des intérêts qui leur sont communs »*¹⁶⁶.

Toutefois, il faut constater que ce nouveau noyau est bien loin, dans l'état actuel des choses, de constituer un ordre public matériel communautaire, même limité au combat contre le crime. Nous estimons que, sauf intégration politique communautaire qui permettra l'existence d'organes capables de prendre directement des mesures répressives sur le territoire des Etats membres, on ne peut pas avoir un ordre public matériel unitaire. Dans l'état actuel, l'objectif poursuivi par les dispositions du traité relatives à la sécurité n'est pas de créer un espace de sécurité européen qui consisterait dans un territoire commun où des procédures uniformes de

¹⁶⁴ Dans sa communication « Un projet pour l'Union européenne », la Commission a bien souligné l'importance d'une telle politique pour la constitution d'un ordre public matériel communautaire : *« pour ces trois domaines : contrôle des frontières, asile et immigration, lutte contre le crime organisé et le terrorisme, il s'agit par conséquent de faire émerger un ordre public européen qui rendra plus efficace les systèmes nationaux d'ordre public et respecte pleinement les valeurs fondamentales de l'Union »* (COM/2002/0247 final).

¹⁶⁵ Maria Castillo, « La réserve de l'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public : Ordre public ou Ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, précité, p. 142. Selon l'auteur, la réserve de l'ordre public deviendra une notion purement communautaire et cela par une harmonisation de ce qui est des intérêts fondamentaux d'une société démocratique.

¹⁶⁶ COM /1998/459 final, p. 9.

détection et d'investigation seraient applicables par tous les services répressifs chargés en Europe des questions de sécurité¹⁶⁷.

Quel est donc l'impact de l'inexistence d'une conception matérielle de l'ordre public communautaire si on a constaté qu'il ne s'agit pas d'une conception à contenu différent ?¹⁶⁸ Une réponse à cette question nous semble être très délicate. Au niveau théorique, nous estimons que l'existence d'un ordre public matériel aurait pour effet d'élargir la notion d'ordre public communautaire. L'ordre public matériel ne peut être limité au domaine du droit administratif comme l'ordre public normatif, il a pour mission de protéger la violation matérielle des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire. Son existence pourrait donc compenser le domaine restreint de l'ordre public normatif.

Toutefois, dans l'état réglementaire communautaire actuel, on doit se demander si vraiment l'existence d'une institution supra nationale chargée de la mission d'établir l'ordre matériel aurait vraiment aidé à élargir le contenu de l'ordre public communautaire. Il nous semble que les normes communautaires sont dans la plupart des principes économiques ou sociaux et dont la violation ne peut engendrer une perturbation de l'ordre matériel dans un Etat membre. C'est uniquement les objectifs de l'Europol qui peuvent constituer des motifs d'actions de l'ordre public matériel. Il existe également quelques règles communautaires de nature morale ou relative à la protection des droits fondamentaux qui peuvent faire sujet d'un ordre public matériel. Toutefois, ces principes ne sont pas si nombreux pour constituer un vrai noyau de cet ordre public.

Une intégration communautaire complète est donc nécessaire non seulement pour l'existence d'un organe chargé d'assurer l'ordre public matériel, mais également pour le développement de son contenu. Sans l'amplification de règles communautaires impératives touchant à des

¹⁶⁷ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en oeuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Texte adopté par le Conseil le 3 décembre 1998, *J.O.C.E.*, n° C 19 du 23 janvier 1999, p. 1-15.

¹⁶⁸ Voir *supra*, p. 24-25.

valeurs sociales ou d'ordre politique, l'ordre public matériel communautaire, s'il pourra voir le jour, il n'apportera pas de grande contribution à la notion actuelle de l'ordre public communautaire.

*

* *

En éliminant de la notion d'ordre public communautaire son acception matérielle et en faisant d'elle uniquement une notion du droit public communautaire, la Cour a fortement réduit le champ d'application de cette notion de sorte qu'elle apparaît comme une forme hésitante de la notion reconnue en droit national. Néanmoins, la Cour ne s'est pas contentée de cette limitation, elle a également imposé une autre limitation à son contenu en écartant tout principe relatif à la légalité interne. Par cette position, le juge a pratiquement écarté de nombreux principes fondamentaux du droit communautaire du domaine de l'ordre public, en dépit qu'ils devaient constituer l'essentiel de cette notion.

En dépit du caractère administratif du contentieux communautaire, le juge pouvait rendre cette notion plus réelle en lui permettant de couvrir plusieurs principes fondamentaux du droit communautaire. Toutefois, en écartant les règles supérieures de légalité interne, il a fait de la notion d'ordre public communautaire une apparence plus qu'une réalité.

CHAPITRE III

LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE

SECTION 1. LA NOTION DE MOYEN D'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE

Le moyen désigne en principe les raisons de fait ou de droit qu'apportent les plaideurs pour établir leurs conclusions. C'est une voie pour parvenir à une fin¹⁶⁹. Cette fin est le jugement¹⁷⁰. Les parties à un procès s'efforcent de convaincre le juge du bien-fondé de leurs conclusions en invoquant des moyens¹⁷¹. Les divers moyens sont subordonnés à la cause du litige. Ils consistent à dissocier les éléments constitutifs de la cause de manière à faire apparaître qu'une condition légale de l'effet de droit réclamé fait défaut¹⁷².

La notion de moyen d'ordre public est le fruit de la combinaison de deux éléments, à savoir l'ordre public et le moyen de droit¹⁷³. Elle revêt ainsi un caractère extrêmement complexe sous tous rapports. Si la notion du moyen est souvent incertaine quant à sa définition ou à la distinction avec d'autres éléments de la requête, le caractère d'ordre public attaché à certains moyens est la question la plus difficile à résoudre. Si l'on veut, par l'attribution du caractère d'ordre public à certains moyens, les distinguer en raison de la gravité de l'illégalité qu'ils invoquent, il n'en reste moins que le critère de distinction avec les autres moyens reste relativement imprécis, ce qui a amené la majorité de la doctrine à distinguer les moyens

¹⁶⁹ Raoul Mortier, *Dictionnaire Encyclopédique*, Paris, Quillet, 1934, p. 122.

¹⁷⁰ Raymond Martin, « Sur la notion de moyen », *J.C.P.*, 1976. I. 2768.

¹⁷¹ René Chapus, *Contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 10^e éd, 1990, p. 729. Le moyen, en ce sens se distingue des demandes nouvelles par rapport à la cause de la demande originaire. Ces dernières concernent le principe et le but de l'action. Le moyen ne modifie pas l'objet et la cause de l'action, ni la qualité des parties. En conséquence, l'interdiction de présenter des demandes nouvelles n'exclut pas la possibilité de présenter des nouveaux moyens (Raymond Martin, *Loc. citée*).

¹⁷² Pierre Rouard, *Traité élémentaire de Droit judiciaire privé*, précité, p. 157.

¹⁷³ Jean-Luc Pissaloux, *précité*, p. 783.

d'ordre public par rapport à leur caractère, c'est-à-dire par le fait qu'ils sont les seuls à pouvoir être soulevés d'office par le juge.

§ 1^{er}. Règle d'ordre public et moyen d'ordre public

Le moyen d'ordre public est traditionnellement considéré comme la mise en œuvre sur le plan procédural, de la notion d'ordre public¹⁷⁴, sans toutefois être synonyme d'un ordre public procédural. L'ordre public procédural n'est qu'une manifestation essentielle, purement procédurale, des règles d'organisation judiciaire¹⁷⁵. Les violations de cet ordre public procédural peuvent, dans la plupart du temps, constituer des moyens d'ordre public *lato senso*, sans qu'elles ne suffisent à épuiser la liste de ces moyens. Ainsi, la notion d'ordre public reflétée par les moyens d'ordre public n'est pas inhérente à une conception procédurale, pas plus qu'elle ne l'est à une conception normative.

Cette conception du moyen d'ordre public semble être partagée par certains avocats généraux attachés à la Cour de justice. Ainsi, selon l'avocat général M. Micho, le moyen d'ordre public est celui qui touche aux principes de base de l'ordre juridique communautaire. Chaque moyen d'ordre public, selon cet avocat général, n'est que l'incarnation d'un principe d'ordre public communautaire¹⁷⁶. M. l'avocat général Warner a manifestement partagé cette même idée, dans ses conclusions sous l'affaire *Deboeck*, mais en élargissant le domaine des moyens d'ordre public communautaire pour comprendre toute question relative à l'intérêt général. Il

¹⁷⁴ Jean-Luc Pissaloux, *Loc. cit.* Selon Charles Debbasch, le moyen d'ordre public est celui qui touche à la violation d'une règle si fondamentale et si essentielle d'un système juridique que celui-ci serait mis en péril par la généralisation d'une pareille violation (Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n°834).

¹⁷⁵ Jean Vincent, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1978, p. 12.

¹⁷⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Italie/Commission*, arrêt du 30 janvier 2002, *Rec.* 2002, p. 1091, § 39.

estime que le juge communautaire doit soulever d'office toute question qui touche à l'intérêt général communautaire¹⁷⁷.

Cette conception traditionnelle des moyens d'ordre public, n'apporte pas une précision importante au sujet de la définition des moyens d'ordre public¹⁷⁸, car elle substitue à une notion complexe une autre, floue. Par ailleurs, dans le contexte communautaire, les règles d'ordre public ne sont pas connues et le juge communautaire ne mentionne que très rarement qu'une règle est d'ordre public¹⁷⁹. Il sera donc difficile de déterminer quelles sont les règles ayant une valeur d'ordre public communautaire et par conséquent, la liste des moyens d'ordre public¹⁸⁰.

Dans un tel contexte, définir le moyen d'ordre public en tant que celui qui protège une règle d'ordre public communautaire, est sans doute relativement correct, car un moyen d'ordre public est certainement issu d'une règle d'ordre public ; mais cette définition s'avère insuffisante. *Si tout moyen d'ordre public intéresse une matière d'ordre public, par contre tout moyen tiré d'une matière d'ordre public n'est pas nécessairement un moyen d'ordre public*¹⁸¹. Il est traditionnellement reconnu que la violation d'un principe ayant une valeur d'ordre public ne constitue pas nécessairement, toujours et dans tous ses formes, un moyen d'ordre public.

¹⁷⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Deboeck/Commission*, arrêt du 16 octobre 1975, *Rec.* 1975, p. 1123.

¹⁷⁸ Jean-Luc Pissaloux, *précité*, p. 794.

¹⁷⁹ Voir pour le principe de la primauté, ordonnance de la Cour du 22 juin 1965, *San Michele/Haute Autorité*, c-9/65, *Rec.* 1967, p. 35, et pour les délais de recours, affaire *Collignon*, arrêt du 12 décembre 1967, c-4/67, *Rec.* 1967, p. 469.

¹⁸⁰ J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. I., p. 239.

¹⁸¹ Paul Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 234. En droit français, cette position s'explique principalement par le fait que le cas contraire aurait pour conséquence d'étendre le nombre des moyens d'ordre public à toutes les irrégularités en droit administratif, puisque l'ordre public est présent (Christian Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, P.U.F., 1980, p. 5).

La notion de moyen d'ordre public se situe donc à mi-chemin entre la notion de la règle d'ordre public et celle du moyen ¹⁸². Ainsi, en droit communautaire, si la compétence de l'auteur de l'acte est réputée être une matière d'ordre public communautaire, cependant tout moyen relatif à l'incompétence n'est pas nécessairement un moyen d'ordre public ; il peut exister des formes de cette incompétence qui ne constituent pas un moyen d'ordre public. Le même constat peut être fait à propos des règles relatives à l'élaboration de l'acte communautaire et notamment celles qui sont relatives à l'obligation de la consultation préalable des institutions communautaires : si l'obligation de consultation est en principe une matière d'ordre public, cependant tout moyen relatif à la violation d'une forme de cette obligation n'est pas nécessairement d'ordre public.

On peut encore ajouter qu'établir une relation de parallélisme entre le moyen d'ordre public et la règle d'ordre public peut être admis dans un contentieux civil, mais semble être très loin de la réalité dans un contentieux administratif¹⁸³, comme l'est le contentieux communautaire. Cette relation entre la règle d'ordre public et le moyen d'ordre public se trouve brisée par le fait que le juge communautaire établit une distinction principale entre l'illégalité interne et l'illégalité externe au regard des moyens d'ordre public¹⁸⁴. Il soustrait à la liste de ces moyens, ceux qui sont relatifs à la légalité interne. Ceci ne peut aboutir au constat que ces règles ne pourraient, par nature et en toutes circonstances, revêtir un caractère d'ordre public communautaire.

¹⁸² Annick Dorsener-Dolivet et Thierry Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *Rec. Dalloz*, 1986, p. 59.

¹⁸³ *Id.*, p. 60.

¹⁸⁴ Cette attitude ne s'observe pas uniquement dans le recours en annulation. Ainsi, dans le cadre du recours en manquement, le juge communautaire ne peut pas relever d'office un manquement d'un Etat membre à l'une de ses obligations, même s'il s'agit de la violation d'un principe communautaire de base. L'objet du recours en manquement est impérativement défini par la phase précontentieuse. Le législateur communautaire n'a conféré le droit de définir cet objet qu'à la Commission. Le juge communautaire ne peut intervenir à cet égard que pour contrôler la procédure à suivre. On a certainement voulu éviter de conférer ce droit au juge communautaire pour qu'il ne soit promu comme une autorité judiciaire supérieure des Etats membres, dans un domaine où, dans l'état actuel des choses, il est indispensable de laisser un peu de marge d'appréciation politique à l'autorité exécutive communautaire.

Le terme « légalité externe » est fréquemment employé par le juge pour désigner normalement toute illégalité relative à la forme de l'acte communautaire ou à son élaboration. Cette notion comporte non seulement les illégalités relatives à la violation des formes substantielles, mais également l'illégalité relative à l'incompétence de l'auteur de l'acte¹⁸⁵.

Cette distinction entre la légalité interne et externe, bien qu'implicitement établie depuis longtemps dans la jurisprudence communautaire, a été reconnue expressément dans l'affaire *Sytraval*. En l'occurrence, la Cour, en soulignant la différence entre le moyen relatif au défaut de motivation et celui relatif à l'appréciation des motifs de l'acte, a précisé que c'était uniquement le premier, relatif à l'illégalité externe de l'acte communautaire qui constituait un moyen d'ordre public : « *La violation de l'article 190 du traité (devenu 253 CE) et l'erreur manifeste d'appréciation constituent deux moyens distincts susceptibles d'être invoqués dans le cadre du recours prévu à l'article 173 du traité (devenu 230 CE). Le premier, qui vise un défaut ou une insuffisance de motivation, relève de la violation des formes substantielles, au sens de cette disposition, et constitue un moyen d'ordre public qui doit être soulevé par le juge communautaire. En revanche, le second, qui porte sur la légalité au fond de la décision litigieuse, relève de la violation d'une règle de droit relative à l'application du traité, au sens du même article 173, et ne peut être examiné par le juge communautaire que s'il est invoqué par le requérant* »^{186 187}.

¹⁸⁵ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1983, *Ferrario e.a./Commission*, c-152/81, *Rec.* 1983, p. 2357.

¹⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719. Voir également en ce sens, arrêt de la Cour du 9 décembre 1997, *Commission/France*, c-265/95, *Rec.* 1997, p. 6959. Cette jurisprudence fut critiquée par certains avocats généraux. Dans ses conclusions présentées à l'occasion de l'affaire *Salzgitter/Commission*, l'avocat général M. Jacobs, a regretté le fait que la jurisprudence communautaire n'accepte pas de soulever d'office des moyens tirés de la légalité interne comme le moyen relatif à la violation de la concurrence loyale prévue par l'article 81 CE, qui présente une importance fondamentale dans l'organisation communautaire : « *En ce qui concerne l'ordre juridique communautaire, il a été soutenu qu'il convenait d'opérer une distinction entre les différents moyens d'annulation. En vertu de l'article 33, premier alinéa du traité, les décisions de la Commission peuvent être annulées pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute autre règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir. Selon la théorie susmentionnée, les moyens tirés des deux premiers motifs, qui touchent à ce qui est désigné sous le terme de légalité externe d'un acte, peuvent être relevés d'office par la Cour, tandis que ceux basés sur les deux autres, qui concernent la légalité interne, ne le peuvent pas (...)* En premier lieu, la distinction entre plusieurs motifs d'annulation est en soi formaliste et incertaine. Il convient de garder à l'esprit que le troisième moyen d'annulation englobe les deux premiers, puisque l'incompétence et la violation d'une forme substantielle constituent toujours des violations du droit communautaire. En second lieu, et à la lumière du rôle de la Cour en tant que gardienne du droit, il serait inacceptable que la Cour fût empêchée de relever d'office une illégalité substantielle, grave et manifeste, telle qu'une violation d'un droit fondamental ou de l'article 85 du

§ 2. Un moyen qui peut être soulevé d'office

Bien que, contrairement à la notion d'ordre public communautaire, le moyen d'ordre public a été fréquemment utilisé par le juge communautaire, il est manifeste que celui-ci n'a pas voulu s'aventurer dans la définition des moyens d'ordre public. Le juge communautaire s'est contenté de définir le moyen d'ordre public comme étant celui qui peut être soulevé d'office : « *S'agissant d'un moyen d'ordre public, il peut être soulevé d'office par le Tribunal* »¹⁸⁸, et « *selon une jurisprudence constante, le moyen tiré du défaut de motivation d'un acte d'une institution constitue un moyen d'ordre public qui, en tant que tel, peut, en tout état de cause, être examiné d'office par le juge communautaire* »¹⁸⁹.

Cette définition partagée par certains avocats généraux¹⁹⁰ ne constitue pas une vraie définition des moyens d'ordre public, car elle définit le moyen d'ordre public par son caractéristique, ce qui n'est pas, en effet, suffisant¹⁹¹. C'est en effet une caractéristique qu'il partage avec d'autres questions qui relèvent du pouvoir de soulever d'office qui appartient au juge

traité CE (devenu 81 CE), alors qu'elle pourrait relever d'office des infractions à certaines règles de procédure » (Conclusions de l'avocat général, Rec. 2000, p. 5843).

¹⁸⁷ Cependant, au début de la jurisprudence communautaire, la distinction entre la légalité externe et interne n'était pas reconnue, et la Cour considérait qu'elle avait le droit de relever d'office le moyen relatif à la violation du traité : « *qu'il y a lieu d'examiner d'office ce moyen, attendu que s'il était reconnu fondé, une annulation d'office pour cause de violation du traité ou des formes substantielles serait justifié* » (C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, République italienne/Haute Autorité, c-2/54, Rec. 1954, p. 73, sp. p. 99). Toutefois, cette jurisprudence n'a pas tardé à être rapidement révisée. On peut justifier cette hésitation de la Cour par le fait qu'au début des années cinquante et notamment dans ses deux premiers arrêts, elle n'avait pas déjà tracé sa ligne de conduite à l'égard des moyens d'ordre public, ce qui explique l'existence de certaines contradictions avec sa jurisprudence actuelle. Sur cette évolution, voir *infra* Partie II, Chapitre II, p. 360.

¹⁸⁸ T.P.I., arrêt du 21 mars 2002, Joynson/Commission, t-231/99, Rec. 2002, p. 2085.

¹⁸⁹ T.P.I., arrêt du 9 juillet 1997, S/Cour de justice, t-4/96, Rec. 1997, p. II-1125. Voir également arrêt du Tribunal, arrêt du 13 décembre 2001, Krupp Thyssen Stainless/Commission, t-45/98, Rec. 2001, p. II-3757.

¹⁹⁰ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Petrotub/Conseil de l'Union européenne*, c-76/00, Rec. 2003, p. 79 et conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Daffix*, arrêt du 20 février 1997, Rec. 1997, p. 983, § 5.

¹⁹¹ Voir en ce sens André Heurté dans son étude classique sur les moyens d'ordre public : « L'opinion qui définit le moyen d'ordre public comme étant celui qui est soulevé d'office par le juge ne met en relief que l'un des aspects d'une notion plus complexe ». (André Heurté, précité, p. 647).

communautaire, comme par exemple l'ordonnance de certaines mesures d'instruction¹⁹², ou l'administration des éléments de preuve¹⁹³.

Cette méthode judiciaire de la découverte des moyens d'ordre public a également pour inconvénient de ne pas donner l'occasion de pouvoir dresser une liste exhaustive des moyens d'ordre public : elle reste une liste indicative qui dépend des litiges jugés¹⁹⁴. Elle ne peut permettre de déterminer a priori et de prévoir les moyens d'ordre public, non déjà recensés ou estampillés comme moyens d'ordre public. On doit attendre l'arrêt du juge communautaire pour savoir si un moyen sera soulevé d'office ou qualifié de moyen d'ordre public¹⁹⁵.

Il faut admettre cependant, que cette définition, en dépit de ses côtés négatifs, est la plus précise et la plus pratique dans l'étude des moyens d'ordre public. Elle est préférable à l'idée d'établir la notion par rapport à d'autres critères flous et imprécis, comme les règles d'ordre public, l'intérêt général ou les principes fondamentaux. Il nous semble qu'en l'absence d'une possibilité de définition du moyen d'ordre public communautaire, le fait d'être soulevé d'office, semble être le seul critère qui peut nous guider dans l'étude des moyens d'ordre public communautaire. C'est la seule et unique façon, dans l'état actuel des choses, de découvrir si un certain moyen a été désigné par le juge communautaire comme un moyen d'ordre public¹⁹⁶.

Puisque nous cherchons à présenter une étude sur les moyens d'ordre public en droit communautaire, nous sommes obligés de rechercher quels sont les moyens qui bénéficient de ce statut dans la jurisprudence communautaire. Le juge communautaire attribue ce statut à

¹⁹² Article 47/1 du règlement de la procédure de la Cour.

¹⁹³ Article 29/3 du règlement de la procédure de la Cour.

¹⁹⁴ Annick Dorsener-Dolivet et Thierry Bonneau, *précité*, p. 61.

¹⁹⁵ Jean-Luc Pissaloux, *précité*, p. 796.

¹⁹⁶ Comme le cas de la plupart des droits des Etats membres. Voir en ce qui concerne le droit français, Christian Debouy, *précité*, p. 3-8.

certaines moyens en fonction de différents éléments. Comme M. Jacobs l'a constaté, « *Les points qu'une juridiction peut relever d'office dépendent en définitive des valeurs fondamentales de l'ordre juridique considéré, des rôles joués respectivement par les parties et la juridiction en vertu des règles de procédure applicables, du type de juridiction appelé à appliquer la notion et du niveau de la juridiction saisie du procès* »¹⁹⁷.

Dans ce contexte, notre recherche ne consistera pas uniquement à rechercher quels sont les moyens qui sont soulevés expressément d'office par le juge communautaire, mais également à relever les autres moyens qui sont soulevés d'office, mais tacitement, comme c'est le cas des moyens examinés par le juge en dépit du fait qu'ils aient été invoqués tardivement, en dehors des délais normaux de procédure, soit que le juge communautaire les a déclarés expressément tardifs, soit que ce caractère a été présumé à partir de la procédure. On retiendra également, dans notre étude, les moyens dont on a accepté la présentation pour la première fois devant la Cour statuant en pourvoi ¹⁹⁸.

Cependant, on doit faire fort attention au fait que, en l'absence d'une énonciation expresse du juge communautaire de son pouvoir de soulever d'office, les moyens d'ordre public ne soient pas confondus avec les moyens nouveaux de droit qui peuvent être invoqués par les parties en dehors des délais normaux de procédure. L'article 42/2 du règlement de procédure de la Cour confère, en effet, aux parties à un procès le droit de produire des moyens nouveaux en cours d'instance s'ils se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. Ces moyens ne constituent pas forcément des moyens d'ordre public : ils sont recevables pour des raisons étrangères à leur force contraignante.

¹⁹⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Salzgitter/Commission*, c-210/98, *Rec.* 2000, p. 5843, § 134.

¹⁹⁸ Christian Debouy, *précité*, p. 5.

SECTION 2. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC ET LES RECOURS DU CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE

Dans cette section, on essaiera de délimiter le champ d'application du moyen d'ordre public communautaire et par conséquent, de cerner le sujet de notre étude par rapport aux différents recours du contentieux communautaire. Tout d'abord, il faut préciser que le moyen d'ordre public communautaire ne connaît pas de limite à l'égard d'une certaine juridiction communautaire. Il peut être invoqué devant la Cour de justice comme devant le Tribunal de première instance.

Le moyen d'ordre public que nous étudions est un moyen qui ne peut être invoqué que devant les juridictions communautaires. Cependant, il est manifeste qu'il ne peut être invoqué dans toute forme d'action devant le juge¹⁹⁹. Le moyen d'ordre public communautaire est invoqué principalement à l'occasion des recours directs prévus par le traité, c'est-à-dire ceux qui sont relatifs à l'application directe du droit communautaire devant le juge communautaire. Ils sont au nombre de quatre : le recours en annulation ; le recours en carence ; le recours en manquement et le recours en indemnité. Il peut être également invoqué, sans problème, à l'occasion des différentes demandes en justice prescrites par les règlements de procédure de la Cour et du Tribunal. On mentionnera particulièrement la demande en révision des arrêts communautaires et la demande en référé. L'exception d'illégalité, même s'il s'agit d'une voie incidente, peut comporter également des moyens d'ordre public. La question se pose, cependant, en ce qui concerne le renvoi préjudiciel, en tant que recours indirect de l'application du droit communautaire : un moyen d'ordre public communautaire peut-il être invoqué à l'occasion d'un renvoi préjudiciel ?

¹⁹⁹ Toutefois, il faut préciser que la nature communautaire des actes litigieux ne peut être prise en considération dans la délimitation du champ d'application des moyens d'ordre public communautaire, puisque le juge ou les parties peuvent opposer une fin de non-recevoir d'ordre public, relative à l'incompétence du juge communautaire, à l'encontre d'un acte national contre lequel serait formé un recours communautaire.

La réponse à cette question nécessitera une distinction entre les deux catégories principales des moyens d'ordre public, à savoir les moyens relatifs à la recevabilité du recours et les moyens relatifs au fond.

Le caractère d'ordre public peut s'attacher en effet à certains moyens qui protègent l'intérêt général au niveau de l'instance. Il s'agit des règles impératives régissant le déroulement de la procédure et la recevabilité des actions devant le juge communautaire. Le caractère d'ordre public peut par ailleurs être attaché à d'autres moyens qui sont contenus dans la matière litigieuse et qui viennent à l'appui de la validité de la prétention des parties en ce qui concerne la violation de leurs droits issus du droit communautaire : il s'agit des moyens d'ordre public de fond²⁰⁰.

§ 1^{er}. Les moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité

Ces moyens sont inhérent à l'activité judiciaire. Ils sont présents quel que soit le contexte dans lequel le juge communautaire prend sa décision. Le renvoi préjudiciel, que ce soit en interprétation ou en appréciation, ne peut faire exception. Le renvoi consiste en un recours indirect par lequel on peut saisir la Cour de justice pour statuer sur l'application du droit communautaire par les juridictions nationales. La saisine de la Cour dans ce contexte, comme le cas des recours directs, est soumise à des règles impératives de procédure. Toute violation de ces règles implique l'intervention d'office du juge communautaire pour s'opposer à la recevabilité du renvoi préjudiciel.

²⁰⁰ La distinction entre moyen de recevabilité et de fond d'ordre public présente en effet une certaine importance. Le moyen d'ordre public de fond ne peut prévaloir sur les moyens d'irrecevabilité. Le juge communautaire ne peut soulever d'office un moyen d'ordre public du fond que si la demande dont il est saisi est recevable. On ne peut se fonder sur l'importance de la règle de droit qui fonde le moyen d'ordre public de fond pour convaincre le juge de déclarer un recours recevable, en dépit que le dossier fait apparaître un motif d'irrecevabilité qui peut être soulevé d'office. On voit le juge communautaire refuser des prétentions concernant l'importance de la procédure de consultation et qui ont été invoquées pour le dissuader de déclarer un recours en annulation irrecevable basé sur le défaut de consultation, faute d'intérêt à agir (C.J.C.E., ordonnance du 10 mai 2001, Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France/ Conseil, c-345/00, *Rec.* 2001, p. 3811).

Ce constat ne peut être démenti par le fait que les parties, dans le cadre de la procédure préjudicielle, ne sont autorisées à invoquer devant la Cour en vertu du règlement de procédure que des observations sur les questions déferées. L'observateur de la pratique du renvoi préjudiciel remarquera aussitôt que la Cour traite les allégations des parties portant sur la recevabilité du renvoi comme des moyens. Si la Cour de justice évite d'employer le terme « moyen » en mentionnant ces observations et en employant d'autres termes comme « argumentations »²⁰¹, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de moyens au sens propre du terme, puisqu'ils sont destinés à convaincre la Cour de l'irrecevabilité du renvoi et que la Cour en tient compte, notamment en prenant le soin de les examiner et répondre à chacun d'entre eux²⁰².

Ces moyens sont de nature communautaire, puisqu'ils sont invoqués devant une juridiction communautaire et soumis au régime procédural du droit communautaire.

§ 2. Les moyens d'ordre public de fond

Il est indispensable d'opérer à cet égard une autre distinction entre le renvoi en interprétation (A) et le renvoi en appréciation de validité (B).

²⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, c-364/92, *Rec.* 1994, p. 43.

²⁰² Voir à titre d'exemple, l'ordonnance Monin Automobiles : « La Commission relève, en premier lieu, qu'il est difficile de considérer le juge-commissaire comme une juridiction au sens de l'article 177 du traité CE (devenu 234) » (Ordonnance du 26 avril 1993, c-386/92, *Rec.* 1993, p. 2049).

A) Dans le cadre du renvoi en interprétation

En principe, la notion de moyen de fond n'est pas compatible avec le renvoi en interprétation, puisqu'il s'agit d'une procédure non contentieuse²⁰³ qui ne consiste pas à examiner un litige au fond, mais à fournir au juge national les éléments d'interprétation pour la solution du litige. Les parties ne peuvent présenter aucun moyen relatif au fond dans le cadre de cette procédure, sinon ils n'auront pas de sens. Ce sont uniquement des observations sur l'interprétation des dispositions communautaires en cause qui peuvent être acceptées. Le fait que le juge communautaire peut souvent s'attaquer d'office à l'interprétation de certaines dispositions du droit communautaire, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, ne signifie pas qu'il soulève des moyens d'ordre public ; il n'offre qu'une interprétation d'office²⁰⁴.

B) Dans le cadre du renvoi en appréciation de validité

En revanche, le cadre du renvoi en appréciation peut apparaître un peu complexe pour la seule invocation des moyens d'ordre public de fond. Ceci est dû au fait que si le renvoi en appréciation constitue un recours indirect du droit communautaire, cependant il constitue également un moyen de contrôle de la légalité des actes communautaires au fond.

Pourtant, ceci ne change pas le fait que les parties ne pouvant pas directement poser à la Cour des questions relatives à l'illégalité d'un acte communautaire, la question doit émaner directement de la juridiction de renvoi, sous peine d'être déclarée irrecevable²⁰⁵. Ainsi, dans

²⁰³ C.J.C.E., arrêt du 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft/Singer et Fils*, c-44/65, *Rec.* 1965, p. 1191.

²⁰⁴ Voir à titre d'exemple de cette jurisprudence, arrêt de la Cour du 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruit et légumes e.a./Conseil*, c-16/62, *Rec.* 1962, p. 901.

²⁰⁵ C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 1982, *affaires maritimes à Bayonne e.a./Dorca Marine e.a.*, c-50/82, *Rec.* 1982, p. 3949.

l'ordonnance *Rheinmühlen*²⁰⁶, la Cour, incitée par son avocat général, a refusé d'office d'accepter des moyens d'invalidité invoqués par la partie au procès au principal, qui ne figuraient pas dans l'ordonnance de renvoi. La Cour s'est fondée sur le fait que l'article 234 du traité CEE institue une coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non contentieuse, étrangère à toute initiative des personnes visées à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice y compris les parties au principal et au cours de laquelle ces personnes ne disposent que de la faculté de présenter des observations écrites et d'être entendues oralement.

Toutefois, le fait que la Cour s'attache souvent à soulever d'office des aspects d'illégalité de l'acte litigieux, et même parfois à examiner des questions ou des griefs soulevés par les parties au principal, fait naître une certaine incertitude quant à l'étendue ou au caractère même d'ordre public des moyens soulevés.

A cet égard, il faut tout d'abord constater que la Cour, comme le soutient une grande partie de la doctrine, n'est amenée, dans le cadre du renvoi en appréciation, à soulever d'office une opposition d'illégalité que si les questions posées par le juge de renvoi sont très générales²⁰⁷. Dans ce cas, la Cour procède en supposant que les questions posées couvrent tous les motifs d'invalidité possibles. Prenons quelques exemples dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Rewe*²⁰⁸, la Cour a soulevé d'office le défaut de motivation de l'acte dont la validité

²⁰⁶ C.J.C.E., ordonnance du 14 juillet 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, c-6/71, *Rec.* 1971, p. 719.

²⁰⁷ René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 209 et 210. Selon G. Bebr, lorsque les juridictions nationales ne précisent les moyens de validité ou les faits que de façon générale ou laconique, le juge est libre de déduire les moyens de validité en vertu desquels il va examiner l'acte litigieux (G. Bebr, « L'examen en validité », *C.D.E.*, 1975, p. 388). Voir également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Eurotunnel*, qui soutenait que dans un tel cas, le juge doit prendre en considération les moyens présentés par les parties : « En effet, s'il est vrai que dans certains arrêts la Cour a examiné des motifs d'invalidité non mentionnés par la juridiction de renvoi, mais invoqués par les parties au cours de la procédure, il est tout aussi vrai qu'elle l'a fait uniquement en présence de questions rédigées en termes tout à fait généraux et dans l'impossibilité de déduire, de l'ordonnance de renvoi, les raisons qui avaient amené la juridiction nationale à douter de la validité de l'acte dont il s'agissait. Il y a tout lieu de supposer qu'en pareils cas la Cour a estimé que le juge a quo, pour décider de la saisine, s'était fondé sur les moyens invoqués par les parties » (*Rec.* 1997, p. 6315).

²⁰⁸ C.J.C.E., arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe/Hauptzollamt Kiel*, c-158/80, *Rec.* 1981, p. 1805.

était contestée. Ce motif d'invalidité n'avait pourtant pas été précisé dans l'ordonnance de renvoi. En l'occurrence, la question posée était très générale et ne laissait pas paraître sous quel angle le juge a quo estimait apprécier la validité de l'acte litigieux. Elle consistait uniquement à demander si le règlement litigieux n'était pas frappé de nullité en ce qu'il violerait le droit communautaire de rang supérieur. Face à une telle généralité, le juge s'est trouvé libre d'examiner la validité de l'acte communautaire au regard de l'obligation de motivation, du fait notamment que la question ne précisait pas le principe supérieur sous l'angle duquel l'invalidité de l'acte devait être appréciée.

Dans l'affaire *Beus*²⁰⁹, une question avait été posée au juge communautaire dans le cadre d'un litige opposant l'entreprise Beus aux autorités allemandes pour avoir dû payer des taxes compensatoires en vertu du règlement 144/65 de la Commission, en raison de l'importation en Allemagne de raisins de table de plein air en provenance de Bulgarie et Roumanie. Après avoir payé cette somme, l'entreprise Beus a saisi les juridictions allemandes en contestant le fondement de ces taxes, à savoir le règlement 144/65. La juridiction nationale a déferé une question générale à la Cour, lui demandant son avis sur la validité de ce règlement. Devant la Cour, Beus a contesté la validité du règlement 144/65 sur la base d'un autre texte, le règlement 104/65 de la Commission, qu'elle a considéré comme le fondement du premier. La Commission a contesté la recevabilité de ce grief en tant qu'il excédait l'objet de la question préjudicielle. La Cour a toutefois accepté d'examiner ce grief en se basant sur la généralité de la question posée par la juridiction nationale, « *attendu qu'aux termes du dispositif de la décision de renvoi, il est simplement demandé à la Cour de dire « si le règlement 144/65/CE... est valide » ; que la Cour peut donc examiner ce grief* »²¹⁰.

²⁰⁹ C.J.C.E., arrêt du 13 mars 1968, *Beus GmbH/Hauptzollamt München*, c-5/67, *Rec.* 1968, p. 125.

²¹⁰ Dans l'affaire *Driessen*, la juridiction de renvoi n'a pas précisé les motifs d'invalidité, elle s'est contentée de poser une question très générale à la Cour : « *Les dispositions combinées relatives au régime de contribution spéciale de l'article 8, paragraphe 1, sous a), deuxième tiret du règlement (CE) n 1101/89 du Conseil, et relatives au régime transitoire, dudit article 8, paragraphe 3, sous a), sont-elles dépourvues de validité, dans la mesure où elles ne prennent pas en compte, ou à tout le moins dans la mesure où elles prennent insuffisamment en compte une situation telle que celle évoquée dans le cadre de la présente procédure ?* ». La Cour a été donc obligée de dégager le libellé des motifs d'invalidité invoqué par les parties à partir du dossier (C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 1993, *Driessen e.a./Minister van Verkeer*, c-13/92, *Rec.* 1993, p. 4751).

En second lieu, nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'apparaît pas de l'examen des arrêts dans lesquels s'est manifesté l'exercice de ce pouvoir par le juge communautaire, que les motifs d'invalidité soulevés d'office revêtaient un caractère d'ordre public. En d'autres termes, on n'a pu constater l'existence d'une relation de parallélisme entre l'exercice de ce pouvoir et la nature d'ordre public des moyens relevés, dans le cadre du renvoi en appréciation.

Ce constat peut être déduit facilement à partir des affaires précédentes : les illégalités soulevées d'office n'étaient pas d'ordre public. Il peut être bien illustré, à notre avis, lorsque la Cour refuse de soulever d'office, dans le cadre d'un renvoi en appréciation, des moyens reconnus comme d'ordre public. Ceci signifie certainement que le pouvoir de soulever d'office qu'elle exerce dans ce cadre est loin d'être exercé en fonction du caractère d'ordre public du moyen.

C'est le cas notamment de l'affaire *Eurotunnel*²¹¹. Dans cette affaire, la question de la juridiction nationale se limitait à demander l'examen de la validité du règlement litigieux au regard d'un défaut de consultation et de l'absence de la proposition de la Commission. La requérante au principal, Eurotunnel, avait, cependant, fait valoir devant la Cour que le juge de renvoi ne visait pas seulement à savoir si le Parlement a été régulièrement consulté, mais également si l'ensemble des motifs d'invalidité invoqués dans son exploit introductif d'instance était de nature à affecter la validité des dispositions litigieuses. Ces moyens portaient sur le défaut de motivation et sur le détournement de pouvoir qu'aurait commis le Conseil. La Cour a, cependant, refusé d'examiner ces moyens de validité. Elle a considéré qu'ils n'avaient pas été soulevés par le juge national dans son ordonnance de renvoi. La Cour a donc refusé de soulever d'office, dans le cadre du renvoi en appréciation, un moyen relatif au défaut de motivation dont le caractère d'ordre public ne fait pourtant aucun doute.

²¹¹ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1997, *Eurotunnel e.a./SeaFrance*, c-408/95, *Rec.* 1997, p. 6315.

Il est manifeste que si la Cour avait voulu relever d'office des moyens d'ordre public communautaire dans le cadre du renvoi en appréciation, elle aurait dû, à priori, le faire dans cet arrêt, à l'égard du moyen relatif au défaut de motivation. On ne peut pas soutenir la thèse d'une erreur ou d'une ignorance de la part de la Cour, car l'avocat général avait attiré son attention sur le caractère d'ordre public de la motivation en essayant de la convaincre de soulever au moins ce moyen parmi tous ceux qui auraient été soulevés par Eurotunnel en dehors de la question préjudicielle : « *Nous estimons que, par rapport aux moyens soulevés par Eurotunnel et non précisés dans l'ordonnance de renvoi, la Cour doit uniquement examiner le moyen tiré du défaut de motivation. L'absence de motivation, dans la mesure où elle constitue une violation des formes substantielles, est en effet susceptible d'être soulevée d'office, ainsi que la Cour a du reste déjà eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises* ».

On peut donc déduire de ce qui précède que l'exercice par le juge communautaire de son pouvoir de soulever d'office, dans le cadre du renvoi préjudiciel, est très incertain quant au caractère d'ordre public des moyens soulevés. Le pouvoir de soulever d'office un moyen d'illégalité, dans ce contexte, n'a pas le même sens et la même portée que dans l'étude des moyens d'ordre public. Sa fonction est en principe incertaine et ne trouve pas de justification claire, si ce n'est des raisons d'économie de procédure afin d'éviter qu'un nouveau renvoi ne soit formé devant la Cour tout en ayant le même objet²¹².

L'étude des moyens d'ordre public communautaire de fond ne pourrait être effectuée que dans le cadre du recours direct du contentieux communautaire. On arrive à ce constat malgré l'existence d'une doctrine abondante qui soutient que l'exercice, par le juge communautaire, de son pouvoir de soulever d'office dans le cadre du renvoi en appréciation implique

²¹² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Transocean Marine Paint Association / Commission*, Rec.1974, p. 1088. Beaucoup d'avocat généraux sont hostiles à ce pouvoir de soulever d'office. Tel était le cas l'avocat général dans l'affaire *Marks & Spencer*. Après avoir soutenu que le moyen soulevé par les parties, relatif à la violation des droits fondamentaux, peut être normalement soulevé d'office par le juge communautaire, il soutenait que le juge ne pouvait pas le faire dans le cas d'espèce, car le juge de renvoi se limitait à demander une interprétation des principes d'effectivité et de confiance légitime (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Marks & Spencer/ Commission*, c-62/00, Rec. 2002, p. 6325). Voir également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Rheinmühlen* : « *ainsi par l'article 177 (devenu 234), vous devez éclairer le juge national sur les problèmes de droit communautaire qui se posent à lui, parfois même en interprétant son propre jugement, mais vous ne pouvez et vous ne voulez jamais vous substituer à lui* » (Rec. 1971, p. 855).

l'existence des moyens d'ordre public de fond qui peuvent être invoqués dans ce cadre. Ainsi, J. Boulouis soutient que le pouvoir du juge de soulever d'office dans le renvoi en appréciation est principalement limité aux questions d'ordre public : « *Une question de légalité étant, en droit communautaire, toujours d'ordre public, la Cour n'est certainement pas liée par les moyens d'invalidité éventuellement proposés dans ses questions par le juge national* »²¹³. Par ailleurs, V. Hatzopoulos estime que si, en principe, les vices de forme ne peuvent pas être soulevés d'office dans le cadre du renvoi en appréciation, ceci n'est pas vrai lorsque le vice est grave et peut entraîner l'inexistence de l'acte²¹⁴. Selon ces auteurs, le pouvoir de soulever d'office est destiné à éviter qu'une erreur du juge national et des parties au litige principal aboutisse à déclarer valide un acte entaché d'un vice grave et des irrégularités grossières qui sont considérés comme autant d'atteinte à l'ordre public²¹⁵.

Cette doctrine, qui ne prend pas en compte l'incertitude exprimée par le juge communautaire à cet égard, ne peut être acceptée. Elle se fonde généralement sur l'affaire *International Credit*²¹⁶. L'analyse de cet arrêt ne permet pourtant d'affirmer -contrairement à ce que soutient cette doctrine- que, la Cour, en recourant à son pouvoir de soulever d'office dans le

²¹³ Jean Boulouis, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *Mélanges Teitgen*, édition A. Pédone, Paris, 1984, p. 23-31, sp. p. 27.

²¹⁴ Vassili Hatzopoulos, « De l'arrêt Foglia-Novelli à l'arrêt T.W.D. textilwerk », *R.M.U.E.*, 1994, p. 215. D'autres avocats généraux sont partisans du pouvoir du juge communautaire de soulever d'office certains moyens qui reflètent uniquement des règles supérieures : « *il a été observé que cette solution peut se justifier par le caractère d'ordre public que revêt le respect du principe de légalité et implique que la Cour peut examiner d'office d'éventuels autres éléments susceptibles d'affecter la validité de l'acte litigieux, quoique sur le seul fondement des pièces du dossier* » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Grajera Rodríguez*, c-153/97, *Rec.* 1998, p. 8645, note 48). Voir également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Dowling/Irlande* : « *Bien que la question de la validité n'ait pas été déférée et que la question n'ait été soulevée dans aucune des observations soumises à la Cour, il s'agit d'une question que la Cour peut, à notre avis, soulever d'office, étant donné, en particulier, que le demandeur a soutenu que le règlement, interprété littéralement, viole des principes généraux du droit communautaire* » (*Rec.* 1992, p. 5305, § 18).

²¹⁵ Jean-Francois Cousinet, « Renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D.E.*, 1976, p. 669.

²¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 18 février 1964, *Internationale Crediet- en Handelsvereniging Rotterdam e.a. / Minister van Landbouw en Visserij*, c-73/63, *Rec.* 1964, p. 3.

cadre du renvoi préjudiciel en appréciation ne tient nul compte du caractère d'ordre public du moyen soulevé.

En l'occurrence, la polémique autour de cet arrêt est née du fait que, dans le cas d'espèce, dans le cadre d'une procédure en appréciation de la validité d'une décision de la Commission affectant les intérêts des ressortissants des Etats membres, la Cour avait examiné d'office le défaut de publicité de cette décision, alors que cet aspect de validité n'était pas, mentionné dans l'ordonnance de renvoi. La Cour a expressément souligné qu'elle a soulevé d'office ce moyen, « *l'omission de la publicité prévue étant susceptible d'être relevée d'office* ».

Il faut tout d'abord constater que le moyen qui a été soulevé d'office par le juge, à savoir le défaut de publicité de la décision, n'est pas reconnu par la Cour comme un moyen d'ordre public²¹⁷, ce qui empêche d'établir aucune relation entre le « soulever d'office » opéré par le juge communautaire et le caractère d'ordre public du moyen, comme le soutient la doctrine précitée.

En second lieu, les circonstances de cette affaire ne constituent pas une exception par rapport aux arrêts examinés ci-dessus, qui puisse nous amener à en déduire une conclusion différente. Il s'agissait toujours, dans le cas d'espèce, d'une question générale posée par le juge national ce qui confère au juge communautaire toute la liberté d'agir quant aux moyens d'invalidité que peuvent être soulevés à l'encontre de l'acte attaqué. Le juge national s'en est remis à la Cour quant au motif de l'invalidité de l'acte litigieux : il n'a en effet précisé aucun motif d'invalidité. Partant, le juge communautaire a soulevé l'aspect d'invalidité qu'il a estimé nécessaire d'examiner « *attendu qu'en second lieu il est demandé à la Cour, dans la troisième question, de dire si la validité de ces décisions est affectée en raison de motifs non précisés...* » (c'est nous qui soulignons).

²¹⁷ C.J.C.E., arrêt du 29 mai 1974, Hauptzollamt Bielefeld/Offene Handelsgesellschaft, c-185/73, Rec. 1974, p. 607.

En toute hypothèse, l'incertitude qui règne sur ce sujet nous amènera à écarter le renvoi préjudiciel du sujet des moyens d'ordre public de fond, et à limiter notre examen des décisions préjudicielles au niveau des moyens d'ordre public de recevabilité. La règle principale reste toujours la même : les parties ne peuvent pas présenter directement des moyens d'invalidité devant la Cour. Elles sont uniquement autorisées à présenter des observations sur les questions préjudicielles posées à la Cour.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

Cette étude introductive a donc permis de mettre en avant la place de la notion d'ordre public dans l'ordre juridique communautaire. Cette notion, qui correspond aux principes fondamentaux d'une société, existe en droit communautaire, mais sous une forme très primitive, non élaborée, avec un contenu très réduit par rapport à celui qu'on connaît en droit communautaire.

Le contenu de cette notion, qui ne s'impose que par voie judiciaire en droit communautaire, a été limité par la nature de l'ordre juridictionnel dans lequel elle est née. Le fait que l'ordre juridictionnel communautaire soit principalement un contentieux administratif destiné à soumettre les institutions communautaires au respect du droit communautaire a conduit à limiter cette notion aux règles impératives du droit administratif communautaire. La notion d'ordre public n'a pas pu connaître d'application dans le cadre du renvoi préjudiciel, car celui-ci ne concerne que l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique des États membres.

Toutefois, il faut rappeler que la notion d'ordre public communautaire ne connaît pas une consécration directe dans l'ordre juridique communautaire ; on ne parle presque jamais de

règles d'ordre public, mais plutôt de moyen d'ordre public communautaire. Le juge communautaire se montre très réticent pour déclarer une règle d'ordre public communautaire. La reconnaissance officielle de cette notion semble être une étape que le juge n'est pas déjà prêt à franchir dans l'état actuel des choses ; il préfère employer d'autres moyens indirects, comme celui des moyens d'ordre public.

S'il est vrai qu'on parle normalement de la même chose, puisque c'est en raison du caractère d'ordre public de la règle que le moyen fondé sur sa violation est devenu également d'ordre public²¹⁸. Toutefois, la notion de moyens présente certaines particularités en tant que notion procédurale.

L'étude des moyens d'ordre public ne comporte pas moins de problèmes en droit communautaire. Le fait d'avoir introduit une distinction entre la légalité interne et la légalité externe pour distinguer les moyens d'ordre public a été, à notre avis, une construction injustifiable de la part du juge communautaire, qui avait rendu la notion des moyens d'ordre public en droit communautaire très réduite, constituée dans la plupart des cas des moyens d'irrecevabilité des recours. Il est donc nécessaire que le juge opère une révision de ses conceptions en prenant en considération que de nombreuses règles fondamentales du droit communautaire méritent une protection rigoureuse, à l'image de celle dont jouissent les règles d'ordre public en principe.

Nous conduirons donc l'étude des moyens d'ordre public dans le contentieux communautaire direct et indirect en adoptant le plan suivant²¹⁹ :

²¹⁸ Si le juge communautaire ne parle que très rarement de règles d'ordre public, mais il lui est arrivé de confirmer ce constat : « il y a lieu de déterminer d'office, s'agissant d'une question d'ordre public,.. » (T.P.I., arrêt du 5 octobre 2004, Stephen Sander / Commission, t-45/01, *Rec.* 2003, p. II- 337)

²¹⁹ Nous devons préciser que notre étude s'est basée sur l'étude des arrêts rendus par la Cour depuis sa création et jusqu'à 2003.

Première partie : Les moyens d'ordre public tenant à la recevabilité

Deuxième partie : Les moyens d'ordre public relatifs au fond.

PREMIÈRE PARTIE

LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC TENANT À LA RECEVABILITÉ

INTRODUCTION

LA NOTION DE MOYEN D'IRRECEVABILITÉ EN DROIT COMMUNAUTAIRE

L'ordre juridique communautaire comprend un système juridictionnel établi par les trois traités fondamentaux²²⁰, incarné par la Cour de justice et le Tribunal de première instance. Ces juridictions possèdent des compétences limitées en vertu des traités fondateurs, complétés par les règlements de procédure et le statut de la Cour, annexés à ces traités. Ces organes constituent des vraies institutions juridictionnelles et travaillent dans une totale indépendance. Le fonctionnement de ces juridictions a engendré de nombreuses règles de procédure qui sont liées soit à la forme de la requête, soit à la recevabilité ou au déroulement de la procédure devant ces juridictions, et qui forment un tout complet et indépendant des autres normes communautaires en raison de leur caractère procédural.

Parmi ces règles, nombreuses sont celles qui jouissent d'une valeur d'ordre public communautaire. Leur éventuelle violation alimente en effet ce qu'on appelle les moyens d'irrecevabilité d'ordre public, et qui sont plus connus sous le nom de l'ordre public procédural.

Ces règles, connues généralement sous le nom de l'ordre public procédural, correspondent donc à ce minimum d'ordre et d'organisation que les juridictions doivent préserver à tout prix²²¹. Elles s'appliquent, en principe, à l'égard de l'instance, de la juridiction, et de

²²⁰ Traité C.E.E, et C.E.E.A (et C.E.C.A).

²²¹ J. Peuch, « Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives », *Annales Beyrouth*, 1962, p. 108, tiré de Christian Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, P.U.F, 1980, p. 253.

l'action²²². L'action, la traduction procédurale du droit au juge, doit être bien contrôlée afin de pouvoir être exercé conformément au droit. Au juge, l'ordre public s'impose avec force : il lui dicte les limites à ses pouvoirs, il exige le respect des conditions de constitution et de compétence de la juridiction. Enfin, pour l'instance, l'ordre public exige le respect de certaines règles de formes liées au souci de maintenir une certaine souplesse dans l'application des règles procédurales et de protéger le droit des parties²²³.

L'ordre public procédural, dans ce sens, correspond à *un minimum de limitation garantissant un minimum d'ordre juridique*²²⁴. Il aura pour fonction principale de concilier la faculté reconnue aux parties de diriger l'instance et les impératifs imposés par le droit pour apaiser les conflits²²⁵.

Si l'ordre public procédural est en quelque sorte une branche de l'ordre public substantiel à la différence de ce dernier, il constitue une notion fonctionnelle qui tend à garantir un fonctionnement correct des organes juridictionnels communautaires, tandis que l'ordre public substantiel général a pour fonction de protéger l'application correcte de certains principes constitutionnels du droit communautaire²²⁶.

Il convient de faire remarquer que la fonction de l'ordre public procédural est aussi négative que celle de l'ordre public substantiel, bien qu'il ait pour seul objet le droit d'action conféré par le traité aux sujets du droit communautaire. Il réduit la liberté initiale des parties à un

²²² Jean Vincent, « Procédure civile et ordre public », *Mélanges Roubier*, T.II. Paris, Dalloz, 1961, p. 301-339, sp. p. 305.

²²³ *Id.*, p. 306.

²²⁴ Paul Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 215.

²²⁵ *Id.*, p. 265.

²²⁶ Alain Plantey, « Définition et principes de l'ordre public », dans *L'ordre public*, Raymond Polin [Dir], Paris, P.U.F., 1995, p. 28. Selon l'auteur, l'ordre public substantiel est, en théorie générale, la discipline nécessaire à la communauté parce qu'il garantit la sécurité des personnes, la sûreté de la vie collective et le contrôle des prérogatives sociales.

procès, parce qu'il enferme le droit d'action de celles-ci dans un cadre juridique strictement contrôlé.

SECTION 1. LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DES MOYENS D'IRRECEVABILITÉ D'ORDRE PUBLIC

Le moyen d'irrecevabilité d'ordre public est invoqué en droit communautaire sous deux formes : l'exception d'irrecevabilité et la fin de non-recevoir. La différence entre l'une et l'autre n'a pas jamais été claire dans les jurisprudences nationales des différents Etats membres. Il en va de même en droit communautaire où ces deux formes du moyen d'irrecevabilité n'ont jamais été distinguées. Les deux règlements de procédure de la Cour et du Tribunal, emploient les deux termes sans les définir.

Le terme « exception » figure uniquement dans l'article 91, alinéa 1, du règlement de procédure de la Cour (article 114 du règlement du Tribunal) : « *Si une partie demande que la Cour statue sur une exception ou un incident sans engager le débat au fond, elle présente sa demande par acte séparé* ». Les fins de non-recevoir, quant à elles, sont mentionnées dans l'article 92, alinéa 2, « *La Cour peut à tout moment, d'office, examiner les fins de non-recevoir d'ordre public* ». L'examen des différents règlements de procédure révèle l'absence manifeste de toute autre référence à ces deux termes ou de leur définition²²⁷.

Traditionnellement, dans le droit interne, les exceptions comme les fins de non-recevoir d'ordre public peuvent être invoquées par tous les parties ou d'office par le juge à tout moment de la procédure. La distinction entre « exception » et « fins de non-recevoir » repose principalement dans leur résultat. Si les exceptions sont supposées être destinées à paralyser temporairement la procédure, les fins de non-recevoir, quant à elles, aboutissent à l'échec de

²²⁷ Paul Orianne et Charles Van Reepinghe, *La procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 1961, p. 48.

la demande²²⁸. L'exception de procédure est un moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours²²⁹. Par contre, la fin de non-recevoir s'attaque au droit d'action²³⁰ ; c'est un moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen de fond. Le résultat de l'acceptation d'une fin de non-recevoir est l'extinction définitive de l'action, tandis que l'exception est liée à une irrégularité de la procédure judiciaire qui permet au requérant d'introduire à nouveau son action si le vice qui entachait son action disparaît.

Cette distinction entre fin de non-recevoir et exception d'irrecevabilité, nous semble inconnue du juge communautaire. Il nous paraît que ce dernier emploie les deux termes comme synonymes l'un de l'autre. A titre d'exemple, le moyen relatif à l'expiration des délais de recours est désigné parfois comme une exception d'irrecevabilité²³¹, mais dans d'autres cas il est qualifié de fin de non-recevoir²³². La même attitude se manifeste à l'égard d'autres moyens d'irrecevabilité, comme l'absence de l'acte faisant grief ou le défaut de la qualité à agir²³³.

Cette indifférence quant aux termes employés pour désigner les moyens d'irrecevabilité montre bien que l'exception d'irrecevabilité n'a pas la même fonction en droit communautaire qu'en droit national. Les moyens d'irrecevabilité, que le juge communautaire qualifie

²²⁸ Loïc Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 1992, p. 423.

²²⁹ Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire Privé*, T.I, Paris, Sirey, 1961, p. 423.

²³⁰ Roger Pollet, « Exception et fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile et commerciale*, T. I., Paris, Dalloz, 1955, p. 931-936.

²³¹ C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1984, Ferriera Vittoria/Commission, c-224/83, *Rec.* 1984, p. 2349.

²³² T.P.I., ordonnance du 11 juillet 2002, Lormines/Commission, t-107/01, *Rec.* 2002, p. 3193.

²³³ Dans l'affaire *STS/Commission*, la Cour a considéré le défaut de qualité et d'intérêt à agir comme une exception d'irrecevabilité (*Rec.* 1984, p. 2769), tandis que le Tribunal l'a désigné dans une autre affaire, *Tessa et Tessas/ Conseil*, comme une fin de non-recevoir (*Rec.* 2001, p. II-2401). La seule chose qu'on peut retenir à cet égard, est que le terme « exception d'irrecevabilité » est plus fréquemment employé par la Cour de justice que par le Tribunal. Ce dernier préfère le plus souvent employer le terme « fin de non-recevoir » pour désigner la plupart des moyens d'irrecevabilité. Ces deux attitudes différentes ne trouvent aucune justification dans la rédaction des règlements de procédure de la Cour ou du Tribunal. Ce n'est qu'un usage propre à chaque juridiction.

d'exceptions d'irrecevabilité, comme l'expiration des délais de recours, ou l'absence de réclamation, ne tendent pas à paralyser la procédure, mais à rejeter définitivement le recours. Le même constat vaut pour les fins de non-recevoir qui ne désignent pas toujours, en droit communautaire, des moyens qui tendent à mettre en échec l'action d'une manière définitive. C'est le cas notamment du moyen relatif à l'épuisement des recours parallèles. Ce moyen tend certainement à une paralysie temporaire de l'action jusqu'à l'épuisement des voies de recours offertes aux plaideurs. Il a été toutefois qualifié, à plusieurs reprises, par la Cour, de fin de non-recevoir²³⁴.

Néanmoins, si le juge communautaire n'établit pas de distinction claire entre les deux formes d'irrecevabilité et qu'il semble employer indifféremment, il est manifeste qu'il emploie d'habitude le terme « exception d'irrecevabilité » comme un terme général qui désigne la recevabilité du recours *lato senso*. Une exception d'irrecevabilité peut comporter plusieurs fins de non-recevoir. Le terme « exception d'irrecevabilité » désigne normalement la demande du défenseur tendant à faire déclarer l'action de son adversaire irrecevable, quels que soient les moyens invoqués.

Enfin, on peut constater qu'il ressort de l'analyse des règlements de procédure de la Cour et du Tribunal qu'une distinction semble être faite entre le moyen relatif à l'incompétence de la juridiction communautaire et les autres moyens d'irrecevabilité « *Lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître d'une requête ou lorsque celle-ci est manifestement irrecevable, la Cour, l'avocat général entendu, peut, sans poursuivre la procédure, statuer par voie d'ordonnance motivée* »²³⁵. Toutefois, cette conclusion ne peut aboutir au constat que l'incompétence constituerait un moyen d'irrecevabilité différent, quant à sa nature ou sa fonction, des autres formes d'irrecevabilité connues en droit communautaire. Certes, le moyen relatif à l'incompétence est considéré comme le vice le plus grave

²³⁴ Dans l'affaire *Krohn/Commission*, la Cour a bien décidé que « *Sur la deuxième fin de non-recevoir. La Commission estime que, selon la jurisprudence de la Cour, un recours en indemnité au titre des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité, ne peut être présenté qu'après que le requérant a épuisé les possibilités qui lui sont ouvertes de demander, devant les juridictions nationales, l'annulation de la décision prise par l'autorité nationale* » (Rec. 1986, p. 753).

²³⁵ Article 92 /1 du règlement de la procédure de la Cour.

d'irrecevabilité d'ordre public ; il peut à cet égard revêtir certaines particularités par rapport aux autres moyens d'irrecevabilité, quant à sa régularisation. Toutefois, il ne fait aucun doute, que ce moyen n'est pas étranger aux deux formes d'irrecevabilité, à savoir les fins de non-recevoir et les exceptions d'irrecevabilité. Le juge communautaire désigne le moyen relatif à son incompétence, le plus souvent, comme une exception d'irrecevabilité : « *Par acte séparé, déposé au greffe de la Cour le 18 juillet 2003, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité au titre de l'article 91, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour (...). La Commission allègue que le recours est manifestement irrecevable. Au soutien de sa thèse, elle relève que la République italienne demande à la Cour une décision de constatation de nature déclaratoire, alors que la Cour n'aurait une telle compétence que dans les hypothèses, étrangères au cas d'espèce, visées aux articles 226 CE à 228 CE, 238 CE et 239 CE* »²³⁶. Mais il lui arrive également, comme pour tout autre moyen d'irrecevabilité, de le traiter comme une fin de non-recevoir : « *La Cour pouvant, à tout moment, en vertu de l'article 92, paragraphe 2 (...) du règlement de procédure, examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public, déclare qu'elle est manifestement incompétente pour statuer sur le susdit renvoi* »²³⁷.

SECTION 2. LES MOYENS D'IRRECEVABILITÉ ET L'ORDRE PUBLIC

Toute matière relative à la recevabilité est-elle d'ordre public, comme l'affirment certains auteurs français²³⁸? Il faut chercher attentivement la réponse à cette question dans le contentieux communautaire, car, dans l'affirmative, il n'y aurait guère d'intérêt à l'étude du caractère d'ordre public des fins de non-recevoir : déterminer si le moyen s'attache à la recevabilité déterminerait automatiquement son caractère d'ordre public.

²³⁶ C.J.C.E., ordonnance du 9 décembre 2003, c-224/03, *Rec.* 2003, p. 14751.

²³⁷ C.J.C.E., ordonnance du 12 mars 1980, Sonacotra, c-68/80, *Rec.* 1980, p. 771.

²³⁸ Jean-Luc Pissaloux, « *Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* », *R.D.P.*, 1999. p. 781-794, sp. p. 781. Voir en ce sens Christian Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, P.U.F, 1980, p. 256.

Afin de répondre à cette question, nous avons dû recourir à un examen général de la question de la recevabilité dans le contentieux communautaire. Nous avons pu ainsi constater que, dans ses premiers arrêts, la Cour semblait admettre implicitement que toute question relative à la recevabilité est d'ordre public. Ceci ressort clairement des termes de l'affaire *Humblet*²³⁹. Dans cette affaire, était en question le caractère d'ordre public d'un moyen relatif à l'intérêt à agir, face auquel la Cour a affirmé que « *bien que ce problème n'ait pas été soulevé par les parties au cours de la procédure écrite, la Cour doit cependant l'examiner d'office, comme touchant à la recevabilité du recours* ».

On peut également rencontrer, mais rarement, ces termes généraux dans certaines décisions récentes du Tribunal de première instance : « *Le Tribunal peut à tout moment examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public, au rang desquelles figurent, selon une jurisprudence constante, les conditions de recevabilité d'un recours en annulation* »²⁴⁰. Toutefois, ces rares affirmations ne reflètent pas la position générale de la Cour de justice à l'égard du caractère d'ordre public des moyens d'irrecevabilité. Il ressort de notre examen de la jurisprudence communautaire que toute fin de non-recevoir ou exception d'irrecevabilité ne revêt pas nécessairement un caractère d'ordre public. Les fins de non-recevoir ayant une valeur d'ordre public sont uniquement celles qui, en vertu de leurs fonction, aident le juge à écarter les demandes qui viendraient bouleverser l'équilibre juridique déjà établi²⁴¹. Ce sont, selon Charles van Reepinghen et Paul Orianne, celles *qui font obstacle à l'examen de la demande par application des règles qui tendent non seulement à la sauvegarde des intérêts personnels des parties mais aussi à la protection de l'intérêt général*²⁴².

Ce constat peut être déduit principalement des cas où la Cour s'est abstenue de soulever d'office certains moyens d'irrecevabilité présentés tardivement. Ce qui nous amène à

²³⁹ C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1960, *Humblet/État belge*, c-6/60, *Rec.* 1960, p. 1125.

²⁴⁰ T.P.I., ordonnance du 5 décembre 2001, *Commerzbank/Commission*, t-219/ 01, *Rec.* 2001, p. II-3501.

²⁴¹ André Heurté, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative française », *R.D.P.*, 1953, p. 638.

²⁴² Paul Orianne et Charles Van Reepinghen, *La procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 1961, p. 49.

constater que dans ces différents cas, le moyen soulevé, même s'il relevait de la recevabilité du recours, ne revêtait pas un caractère d'ordre public. A titre d'exemple, dans l'affaire *Vreugdenhil*²⁴³, à l'occasion d'un recours en indemnité, était en cause une question relative à la recevabilité d'un moyen tiré de l'absence de preuve que le requérant n' avait pas pu répercuter le préjudice invoqué sur son client, son assureur ou sur l' organisme d' intervention. La Cour a cependant, rejeté cette fin de non-recevoir, parce qu'elle a été présentée tardivement et qu'elle ne remplissait par ailleurs les conditions de l'article 42, alinéa 2, du règlement de procédure : « *S' agissant de cette seconde exception, il convient de rappeler que, conformément à l' article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure, la production de moyens nouveaux en cours d' instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. Tel n' étant pas le cas en l' espèce, cette fin de non-recevoir doit être rejetée* »²⁴⁴.

Si toute question relative à la recevabilité était d'ordre public, la Cour n'aurait pas refusé, dans une autre affaire, l'affaire *Loheac*²⁴⁵, d'examiner un moyen tardif invoqué par la partie défenderesse qui lui demandait d'examiner la recevabilité du recours sans préciser aucun raisonnement ou argumentation. Elle ne l'aurait pas déclaré tardif sans le soulever d'office.

Cette constatation est partagée par la plupart des avocats généraux de la Cour. Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *Del Plato*, l'avocat général admet que la Cour établit une distinction entre les fins de non-recevoir d'ordre public et celles qui ne le sont pas « *Cette construction jurisprudentielle pourrait conduire à une distinction entre les fins de non-recevoir qui ne sont pas d'ordre public et qui ne sauraient en conséquence être soulevées qu' au début de la procédure, in limine litis, et les fins de non-recevoir qui sont d' ordre public et qui, étant de nature à être soulevées d'office à tout moment par le juge en application de l' article 92,*

²⁴³ C.J.C.E., arrêt du 13 mars 1992, *Vreugdenhil/Commission*, c-282/90, *Rec.* 1992, p. 1937.

²⁴⁴ *Id.* § 10.

²⁴⁵ C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1977, *Compagnie industrielle du comté de Loheac/Conseil et Commission*, c-54/76, *Rec.* 1977, p. 645.

paragraphe 2, du règlement de procédure, peuvent également être soulevées par les parties, quel que soit l'état de la procédure »²⁴⁶.

Plus clairement, la distinction entre la notion de la recevabilité et celle de l'ordre public a été soulignée par le Tribunal dans l'affaire *British Steel*²⁴⁷ : « Une fin de non-recevoir ne présente un caractère d'ordre public que dans la mesure où elle se rapporte à une condition essentielle de recevabilité du recours formé au titre de l'article 33, deuxième alinéa, du traité ». En application de ce principe, le Tribunal a refusé de soulever d'office une fin de non-recevoir qui se limitait à soutenir que le requérant *concerné par une décision faisant partie d'un « paquet » ne peut pas attaquer séparément la décision qui l'affecte, mais est tenu, pour la contester, d'introduire un recours en annulation contre l'ensemble des décisions du « paquet »*.

« En l'espèce, le moyen d'irrecevabilité invoqué par la partie intervenante ne se rapportant pas à une de ces conditions essentielles, il n'y a pas lieu de le soulever d'office. (...) L'imposition d'une telle condition de recevabilité (...) n'est pas prévue par les dispositions pertinentes du traité »²⁴⁸.

*

* *

Parmi les moyens d'irrecevabilité d'ordre public, il convient d'opérer une distinction entre deux principales catégories. Les premiers sont relatifs à la requête : ce sont les vices d'ordre public qui peuvent atteindre le déroulement ou la forme de la procédure devant le juge, avant que son jugement soit rendu. Ceci comprend d'une manière générale les règles de forme et de

²⁴⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Del Plato/Commission*, arrêt du 10 mars 1989, c-126/87, *Rec.* 1989, p. 643, § 10.

²⁴⁷ T.P.I., arrêt du 24 octobre 1997, *British Steel/Commission*, t-243/94, *Rec.* 1997, p. II-1887.

²⁴⁸ *Id.*, § 30.

présentation de la requête et le respect du principe du contradictoire durant l'instance. La deuxième catégorie est relative à l'instauration d'un certain nombre de contraintes quant au mode de participation des parties au déroulement de l'instance, contraintes qui découlent des principes fondamentaux de sécurité juridique et de bonne administration de la justice. Ces règles de recevabilité d'ordre public tendent principalement à organiser le droit d'action des parties et la compétence juridictionnelle, comme par exemple l'exigence d'un intérêt à agir.

Pour notre part, nous préférons présenter les moyens d'ordre public tenant à la recevabilité en suivant l'ordre chronologique de leur examen par le juge.

Le titre premier abordera donc nécessairement l'examen du moyen de l'incompétence (Chapitre I^{er}) puis des moyens relatifs à la personne du requérant (Chapitre II) et à l'inexistence de l'acte communautaire (Chapitre III) ainsi qu'à l'expiration des délais de recours (Chapitre IV) et à l'exception de recours parallèle (Chapitre V). Seront finalement examinés les moyens relatifs à l'instance et à la juridiction (Chapitre VI).

CHAPITRE I^{er}

LE MOYEN RELATIF À L'INCOMPÉTENCE DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

La compétence juridictionnelle est généralement définie comme étant le pouvoir d'une juridiction de connaître d'une certaine matière²⁴⁹. Considérée comme l'une des plus importante question de la recevabilité des recours juridictionnels et de la détermination du contentieux administratif, la compétence présente un caractère d'ordre public qui fait presque l'unanimité dans les ordres juridiques des Etats membres. Ce caractère d'ordre public est généralement fondé sur le fait que les règles relatives à la compétence juridictionnelle sont fortement liées à la formation de l'ordonnement juridique. Elles sont considérées comme l'une des figures d'ordre dans un système juridique²⁵⁰.

Si le problème de la compétence juridictionnelle peut sembler avoir moins d'importance en droit communautaire étant donné le caractère « primitif » de l'organisation juridictionnelle communautaire, cependant il n'est pas de doute sur le caractère d'ordre public de la compétence de la juridiction communautaire. Une argumentation concernant ladite compétence est à relever d'office²⁵¹. Elle constitue, en effet, la première question que le juge examine avant toutes autres questions de recevabilité. Il n'examinera ces dernières qu'après avoir donné une réponse positive à la question de sa compétence.

²⁴⁹ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours de droit, 1971, p. 89. On peut également définir l'incompétence comme étant le fait d'une juridiction qui, sortant des limites que lui trace l'acte qui l'a institué, empiète sur la compétence d'autres organes, que ceux-ci soient des tribunaux ou des autorités administratives. (D. Jacquemart, *Le conseil d'Etat juge de cassation*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 197, tiré de Christian Debouy, *précité*, 1980, p. 257).

²⁵⁰ R. Rodière, note sous trib. Civ., Savernes, 24 juillet 1957, *Galopin*, D. 1958, p. 345.

²⁵¹ C.J.C.E., arrêt du 16 juillet 1981, *Biller e.a./Parlement*, c-154/79, *Rec.* 1981, p. 2125. La décision du juge communautaire sur sa compétence ne doit pas figurer toujours dans son arrêt ; elle est souvent implicite. C'est en effet un travail systématique que le juge entame, chaque fois, mais il n'est pas obligé de l'exposer que lorsqu'il n'est vraiment pas compétent ou lorsque sa compétence a été contestée par l'une des parties.

Bien définie dans le cadre du traité et du droit dérivé²⁵², la compétence de la juridiction communautaire est obligatoire et ne peut faire l'objet d'aucune sorte de réserve. Le juge communautaire, garant de l'équilibre institutionnel en droit communautaire et source principale de l'interprétation et l'application du droit communautaire pour les Etats membres, voit sa compétence précisée d'une manière impérative et mise à l'abri de l'atteinte des plaideurs afin de garantir au système communautaire son équilibre et sa cohérence.

Cependant, la compétence du juge communautaire s'avère relativement complexe, notamment dans la relation avec les juridictions nationales. L'existence de ces deux ordres de juridictions crée forcément un risque d'incompétence. La compétence du juge communautaire peut également l'amener à se déclarer incompétent lorsque la nature du litige n'est pas couverte par les compétences qui lui sont attribuées.

Par ailleurs, le principe de séparation de pouvoirs dans le système communautaire, même s'il n'est pas développé de manière comparable aux ordres juridiques internes, est incontestablement établi. Il existe, en effet, une sorte de répartition de pouvoirs entre les différentes institutions communautaires. Le juge communautaire ne saura donc connaître des litiges qui exigent de lui de statuer sur des matières qui relèvent de la compétence des autres institutions communautaires. Les pouvoirs du juge deviennent donc un élément déterminant de sa compétence.

Enfin, au sein de l'ordre juridictionnel communautaire, la répartition de compétences entre le Tribunal et la Cour de justice peut induire le justiciable à commettre une erreur de saisine de la juridiction. L'erreur commise est-elle donc toujours soulevée d'office ?

²⁵² La jurisprudence communautaire joue également un rôle important. Il en va ainsi de l'interprétation qu'elle donne aux textes fixant les compétences de la juridiction communautaire, notamment dans le cadre de répartition de sa compétence avec les juridictions nationales.

Notre étude portera essentiellement sur l'examen du caractère d'ordre public relatif à la compétence du juge communautaire dans ses différentes manifestations. Nous allons dans un premier temps étudier le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'incompétence du juge communautaire dans le contexte de la répartition de compétences avec le juge national (Section 1). Ensuite nous étudierons le caractère d'ordre public de ce moyen au sein de l'organisation juridictionnelle communautaire (Section 2).

SECTION 1. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF À L'INCOMPÉTENCE D'UN ORDRE DE JURIDICTION AU REGARD DES JURIDICTIONS NATIONALES

On peut distinguer en droit communautaire deux ordres de juridiction, les juridictions des Etats membres et les juridictions communautaires²⁵³. La distinction entre ces deux ordres juridictionnels est née de la répartition de pouvoirs et de compétences entre les Etats membres et les institutions communautaires. La compétence de la Cour de justice est une compétence d'interprétation du traité et des actes pris par les institutions de la Communauté, la détermination de leur validité et les différents relatif à leur application dans le cadre du recours en manquement et indemnité²⁵⁴, tandis que les juridictions nationales ne jouissent que du pouvoir de statuer sur les litiges relatifs à l'interprétation et la validité de leurs législations internes. Elles sont incompétentes pour invalider un acte communautaire, de constater le manquement d'un Etat membre ou la carence d'une institution communautaire ou de se décider sur sa responsabilité extracontractuelle. Cette répartition de compétences est donc

²⁵³ En réalité, parler de deux ordres de juridiction n'est pas une expression très exacte, du fait notamment que le juge national est reconnu comme étant le juge du droit communautaire commun (voir en ce sens Jean Boulouis, « Nouvelle réflexions à propos du caractère préjudiciel de la Cour des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *précité*, p. 27). Cependant, l'idée en vertu de laquelle les ordres juridictionnels, communautaire et national constituent deux ordres juridictionnels tout à fait distincts est bien justifiée à notre avis. Il est manifeste que dans le cadre de l'ordre juridique national, la juridiction communautaire est un ordre de juridiction distinct qui, en vertu des règles de la primauté du droit communautaire, doit amener le juge national à se déclarer incompétent s'il est saisi d'une question qui relève de la compétence des juridictions communautaires. L'ordre juridique communautaire se distingue du droit international classique, en ce qu'il confie toute question relative à son application à des juridictions spéciales qui ne peuvent connaître que de litiges relatifs au droit communautaire, ce qui fait d'elles un véritable ordre de juridiction.

²⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 9 juillet 1969, Portelange/Smith Corona Marchant International, c-10/69, *Rec.* 1969, p. 309.

établie en fonction de la catégorie de procès que ces deux juridictions peuvent connaître respectivement (§ 1^{er}).

Dans le cadre du renvoi préjudiciel, cette répartition de compétences entre ordres de juridictions peut prendre un autre sens. Afin d'assurer le respect du droit européen sans porter atteinte aux attributions des juges nationaux, les auteurs des traités ont eu recours à un procédé qui établit dans les éléments d'un procès une sorte de dichotomie aboutissant à un partage de compétence entre le juge national et communautaire²⁵⁵. Cette répartition de compétences repose plus précisément sur la délimitation du pouvoir de chaque ordre de juridiction sur les éléments du litige. C'est en effet ce qu'on qualifie de « relation de juge à juge », qui consiste en quelque sorte dans une relation de coopération en vertu de laquelle le juge national possède un pouvoir complet sur les éléments de la question préjudicielle, soit de fond, soit de procédure²⁵⁶, tandis que le juge communautaire a pour seule fonction de fournir à la juridiction nationale l'interprétation du droit communautaire, sans pouvoir s'ingérer dans les attributions du juge a quo. Toute violation de la répartition de fonction ainsi opérée par le droit communautaire entre les deux juridictions, constitue une forme de la violation de la répartition de compétences entre les deux ordres de juridictions (§ 2).

§ 1^{er}. Le moyen relatif à l'incompétence du juge communautaire liée à la répartition des compétences matérielles entre les deux ordres de juridiction

A) Le principe

Il est manifeste qu'un caractère d'ordre public s'attache à la répartition de compétences entre le juge communautaire et les juridictions nationales. La valeur obligatoire de la compétence

²⁵⁵ A. Pepy, « Les questions préjudicielles », *C.D.E.*, 1965, p. 197.

²⁵⁶ Carl Otto Lenz, « Rôle et fonctionnement de la procédure de décision préjudicielle en droit communautaire », *J.C.P.*, 1995, n°3834, p. 139. Voir également C.J.C.E, arrêt du 21 avril 1988, Pardini/Ministero del commercio con l'estero, c-338/85, *Rec.* 1988, p. 2041, § 15.

de la juridiction communautaire se traduit de deux façon: en premier lieu, il est interdit aux parties de porter devant le juge communautaire des litiges qui relèvent de la compétence du juge national. En deuxième lieu, si un litige qui rentre dans la compétence des juridictions nationales a été porté devant le juge communautaire, celui-ci doit soulever d'office son incompétence. Le juge communautaire ne doit pas non plus se fier aux clauses attributives de compétence insérées dans certains contrats privés^{257 258}.

Ce principe est absolu, il s'applique quelque soit le type de recours porté devant le juge communautaire et quelque soit le cadre juridique dans lequel le procès est né. Dans le cadre du *renvoi préjudiciel*, selon une jurisprudence constante, l'interprétation des règles nationales appartient aux juridictions nationales et non à la Cour²⁵⁹. Celle-ci se borne à déduire de la lettre et de l'esprit des dispositions du droit communautaire, la signification des normes communautaires en cause. Il appartient ensuite aux seules juridictions nationales d'appliquer les dispositions de droit communautaire ainsi interprétées, en tenant compte des circonstances de fait et de droit des affaires dont elles sont saisies.

²⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 1978, Mattheus, c-93/78, *Rec.* 1978, p. 2203, § 5. Dans cette affaire, la Commission prétendait que si l'on admettait que la clause litigieuse procède d'une intention de lier le juge national, il ne serait pas possible de parler d'une violation des dispositions communautaires relatives à l'ordre public. Il doit être interdit aux parties, selon la Commission, d'une manière générale, de dicter, dans une clause de droit privé, aux tribunaux la conduite à adopter en matière de procédure. La Cour s'est ralliée à ces arguments en affirmant que la répartition de compétences ainsi opérée est impérative et qu'elle ne saurait être modifiée par des conventions entre personnes privées (§ 5).

²⁵⁸ La Cour de justice peut cependant être compétente, en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte, pour statuer sur tout litige né de ce contrat (article 238 CE).

²⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 12 octobre 1993, Procédure pénale/Vanacker et Lesage, c-37/92, *Rec.* 1993, p. 4947, § 7. Voir pour la même jurisprudence, arrêts de la Cour du 3 mars 1994, Eurico Italia e.a./Ente Nazionale Risi, c-332/92, *Rec.* 1994, p. 711, et du 13 juin 1996, Procédure pénale/Maurin, c-144/95, *Rec.* 1996, p. 2909, et du 20 novembre 1997, Commission/V, c-188/96, *Rec.* 1997, p. 6561, et du 16 avril 1991, Freistaat Bayern/Eurim-Pharm, c-347/89, *Rec.* 1991, p. 1747, et du 17 juillet 1997, Giloy/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, c-130/95, *Rec.* 1997, p. 4291. Dans l'affaire *Dzodzi*, la Cour s'est montrée plus sévère sur la question de la répartition de compétences avec les juridictions nationales en décidant que sa compétence est limitée à l'examen des seules dispositions du droit communautaire et qu'elle ne peut pas, dans sa réponse au juge national, tenir compte de l'économie générale des dispositions du droit interne qui, en même temps qu'elles se réfèrent au droit communautaire, déterminent l'étendue de cette référence. Selon la Cour, la prise en considération des limites que le législateur national a pu apporter à l'application du droit communautaire à des situations purement internes, auxquelles il n'est applicable que par l'intermédiaire de la loi nationale, relève du droit interne et, par conséquent, de la compétence exclusive des juridictions de l'État membre (C.J.C.E., arrêt du 18 octobre 1990, Massam Dzodzi/ Etat belge, c-297/88 et c-197/89, *Rec.* 1990, p. 3763).

Ainsi, à l'occasion d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation d'une loi espagnole relative aux délits de contrebande, la Cour a déclaré d'office la question irrecevable au motif que dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de l'article 234 du Traité, elle n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire²⁶⁰. La Cour agit de la même manière lorsqu'il ne s'agit pas d'une loi nationale mais de la contestation d'une décision d'une juridiction nationale²⁶¹.

Dans le cadre *du recours en annulation*, le juge communautaire n'est pas, non plus, compétent pour statuer sur la légalité d'un acte pris par une autorité nationale²⁶². Il doit vérifier d'office son incompétence à l'égard de l'acte faisant grief s'il apparaît que cet acte relève d'un acte émanant d'une autorité nationale. Ainsi, dans l'affaire *Tsitouras*²⁶³, le juge a déclaré d'office irrecevable un recours en annulation contre une décision nationale qui interdisait aux requérants d'utiliser un certain nom pour leur parti politique durant les élections du Parlement européen²⁶⁴. La déclaration d'incompétence est fort rigoureuse : peu importe pour le juge communautaire que l'acte en cause s'intègre dans le cadre d'un processus de décision communautaire, qu'il lie en ce sens l'instance communautaire de décision et détermine de ce fait les termes de la décision communautaire à intervenir²⁶⁵.

²⁶⁰ C.J.C.E., ordonnance du 7 avril 1995, Procédure pénale/Juan Carlos Grau Gomis et autres, c-167/94, *Rec.* 1023, § 4.

²⁶¹ C.J.C.E., ordonnance du 17 décembre 1986, Belkacem/Allemagne, c-276/86, *Rec.* 1986, p. 3975. L'incompétence de la Cour relève également de l'ordre public communautaire lorsqu'elle est appelée, non pas à juger la compatibilité de la norme nationale, mais à appliquer à des situations nationales des règles communautaires (C.J.C.E., arrêt du 28 mars 1979, ICAP/Beneventi, c-222/78, *Rec.* 1979, p. 1163, § 10-12. Voir en ce sens arrêt du 10 juillet 1980, Procureur de la République/Giry et Guerlain, *Rec.* 1980, p. 2327).

²⁶² C.J.C.E., arrêt du 3 décembre 1992, Borelli, c-97/91, *Rec.* 1992, p. 6313, § 9. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 12 novembre 1992, Kerafina-Keramische/Grèce, c-134/91, *Rec.* 1992, p. 5699.

²⁶³ C.J.C.E., ordonnance du 27 février 1991, Tsitouras, c-285/90, *Rec.* 1991, p. 787.

²⁶⁴ Voir pour le même principe : ordonnance de la Cour du 5 octobre 1983, Nevas/Caisse des juristes à Athènes, c-142/83, *Rec.* 1983, p. 2969.

²⁶⁵ C.J.C.E., arrêt du 3 décembre 1992, Borelli, c-97/91, *Rec.* 1992, p. 6313, § 10.

Le même constat ne peut être qu'appliqué à l'action en carence, même s'il n'existe pas des cas traités par la Cour.

Le recours en indemnité à son tour, ne constitue pas une exception au principe. Le moyen relatif à l'incompétence d'un ordre de juridiction est aussi d'ordre public, lorsque le juge communautaire est saisi d'une demande en réparation d'une faute extra-contractuelle qui n'est pas due à une institution communautaire. Le système de répartition des compétences confère aux juridictions nationales la compétence exclusive pour réparer les dommages qui naissent de l'application erronée des actes nationaux même si ces derniers ne font qu'appliquer un acte communautaire. Le juge communautaire est tenu de se déclarer d'office incompétent s'il est saisi d'un litige ayant comme objet la réparation de tels dommages²⁶⁶.

Cette forme d'incompétence est également présente dans le cadre *du recours en manquement*. La Cour l'a déclaré expressément dans l'affaire *Commission/Italie*²⁶⁷. En l'occurrence, la Cour était saisie d'un recours tendant à faire reconnaître que la République italienne avait manqué à ses obligations en vertu du droit communautaire en ne versant pas aux opérateurs les restitutions relatives aux exportations de produits relevant des organisations communes du marché. L'Italie avait, cependant, fait valoir que le manquement incriminé consiste dans l'inexécution par un Etat membre des règles communautaires directement applicables, ce qui s'analyse en une simple omission ; dès lors, et que la sanction de cette omission ne relèverait pas du champ d'application de l'article 226 CE, mais de la compétence des tribunaux nationaux. En dépit de ce que ce moyen avait été présenté tardivement par l'Italie, la Cour décida que « *le moyen, quoique tardif, concerne la compétence de la Cour de justice et qu'il convient de l'examiner d'office* »²⁶⁸. Elle a alors affirmé sa compétence pour juger le litige, car selon elle, tout abstention est susceptible de constituer de la part d'un Etat membre, un manquement à une obligation lui incombant.

²⁶⁶ C.J.C.E., arrêts du 25 octobre 1972, *Haegemann/Commission*, c-96/71, *Rec.* 1972, p. 1005, et du 12 décembre 1979, *Hans-Otto Wagner/Commission*, c-12/79, *Rec.* 1979, p. 3657.

²⁶⁷ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1970, *Commission/République italienne*, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25.

²⁶⁸ *Id.*, § 7.

B) L'assouplissement du principe dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation

Compte tenu de l'importance de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation pour l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire en tant que *véhicule principal de l'influence du droit communautaire dans les Etats membres*²⁶⁹, on peut facilement remarquer que, dans le cadre de la répartition matérielle de compétences avec les juridictions nationales, la Cour ne confère pas, à ses règles de compétences, une rigueur comparable à celle qui est reconnue dans les autres recours communautaires, où l'irrecevabilité est la sanction appliquée sévèrement²⁷⁰. La Cour s'abstient souvent de se déclarer incompétente lorsqu'il lui est demandé de juger une loi nationale en vertu du droit communautaire, en offrant au juge national tous les éléments d'interprétation nécessaires pour qu'il puisse juger seul de cette compatibilité. Ces éléments sont souvent extraits de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale et notamment de la motivation de l'acte de renvoi²⁷¹. Par cette tendance, la Cour témoigne de sa volonté de ne pas laisser certains vices de forme, naissant de la maladresse du juge national quand il formule ses questions préjudicielles²⁷², paralyser partiellement ou totalement l'application de l'article 234 du traité CE et l'empêcher de remplir sa fonction la plus importante, à savoir assurer l'uniformité du droit communautaire.

²⁶⁹ Paul Demaret, *précité*, p. 311.

²⁷⁰ Il faut également noter que les cas d'incompétence de la Cour dans le cadre de la procédure préjudicielle ont fortement diminué dans les dix dernières années, étant donné l'élargissement permanent de la compétence de la Cour de justice. Par un arrêt récent, la Cour s'est donnée le droit d'interpréter des dispositions d'un traité conclu par la Communauté et les Etats membres. Le cas d'espèce concernait l'article 50 de l'accord T.R.I.P.S. La Cour a justifié l'extension de sa compétence par la nécessité de répondre aux besoins des autorités judiciaires des Etats membres, lorsque ces dernières sont appelées à appliquer leurs règles nationales en vue d'ordonner des mesures provisoires pour la protection des droits découlant d'une législation communautaire relevant du champ d'application du T.R.I.P.S (C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 2000, Dior, c-300/98, *Rec.* 2000, p. 11307).

²⁷¹ C.J.C.E., arrêt du 29 novembre 1978, Redmond, c-83/78, *Rec.* 1978, p. 2347. La Cour s'est parfois référée aux moyens invoqués dans les observations des parties (C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1971, Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, c-6/71, *Rec.* 1971, p. 823).

²⁷² Jean-Louis Clergerie, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, 2000, p. 101.

Ainsi, dans l'affaire *Gerhardus*, après avoir décidé qu'il ne lui appartient pas d'apprécier en regard du droit communautaire les caractéristiques d'une contribution due en vertu de la législation de l'un des Etats membres de la Communauté - cette fonction étant réservée à la juridiction nationale, chargée d'assurer l'application du droit communautaire au litige dont elle est saisie-la Cour a affirmé qu'elle est cependant compétente pour interpréter les dispositions du droit communautaire pertinentes en l'espèce, afin de mettre la juridiction nationale en mesure d'appliquer correctement la règle de droit communautaire à la cotisation litigieuse²⁷³.

Dans d'autres cas, la Cour ne se contente pas de fournir à la juridiction de renvoi les indications nécessaires pour juger la compatibilité de son droit national avec le droit communautaire, mais on la voit reformuler la question préjudicielle afin qu'elle ne lui pose pas un problème de compétence²⁷⁴ : « *selon une jurisprudence constante, la Cour peut, le cas échéant, reformuler une question préjudicielle en vue de respecter les limites de sa compétence et de fournir à la juridiction de renvoi une réponse utile* »²⁷⁵. Ainsi, dans l'affaire *Lefèvre*²⁷⁶, la Cour a été amenée à répondre à une question préjudicielle qui tendait à savoir si les textes législatifs et réglementaires français concernant la fixation de prix de vente au détail

²⁷³ C.J.C.E., arrêt du 25 février 1969, *Klomp Gerhardus/Inspectie der belastingen*, c-23/68, *Rec.* 1969, p. 43. Cette jurisprudence a été établie au début par l'affaire *Costa*, arrêt du 15 juillet 1964, c-6/64, *Rec.* 1964, p. 1141. Voir pour d'autres exemples de cette jurisprudence, arrêts de la Cour du 28 mars 1979, *ICAP/Beneventi*, c-222/78, *Rec.* 1979, p. 1163, et du 12 octobre 1978, *Eggers*, c-13/78, *Rec.* 1978, p. 1935, et du 26 février 1980, *Vriend*, c-94/79, *Rec.* 1980, p. 327, et du 17 février 1976, *REWE Zentrale/Hauptzollamt Landau-Pfalz*, c-45/75, *Rec.* 1976, p. 181, et du 29 juin 1978, *Dechmann*, c-154/77, *Rec.* 1978, p. 1573. La Cour a parfois dégagé les questions du libellé du jugement (arrêt du 6 mai 1971, *Cadillon/Höss*, c-1/71, *Rec.* 1971, p. 351) ou de l'ensemble des éléments du dossier que les juridictions nationales lui ont communiqué (arrêt du 19 juin 1973, *Capolongo/Azienda Agricola Maya*, c-77/72, *Rec.* 1973, p. 611).

²⁷⁴ En effet, la formulation de la question préjudicielle est le domaine où l'autonomie du juge national a été le plus sacrifié au motif de rendre le renvoi préjudiciel plus effectif (J. Boulouis, R. M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991, T.II., p. 148). Cet assouplissement de la rigidité des règles de compétences tend principalement à corriger la formulation de la question posée. La Cour n'hésite pas à se déclarer incompétente s'il lui apparaît que le cadre de constructions procédurales a été entamé en réalité en vue d'amener la Cour à prendre position sur certains problèmes de droit national (C.J.C.E., arrêt du 11 mars 1980, *Foglia*, c-104/79, *Rec.* 1980, p. 745) ou lorsqu'il est manifeste que la disposition de droit communautaire soumise à l'interprétation de la Cour ne peut trouver à s'appliquer (C.J.C.E., arrêt du 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi/ Etat belge*, c-297/88 et c-197/89, *Rec.* 1990, p. 3763).

²⁷⁵ C.J.C.E., arrêt du 23 janvier 2003, *Makedoniko Metro et Michaniki AE/Elliniko Dimosio*, c-57/01, *Rec.* 2003, p. 1091, § 34.

²⁷⁶ C.J.C.E., arrêt du 2 juillet 1987, *Ministère public/Lefèvre*, c-188/86, *Rec.* 1987, p. 2963.

de la viande bovine, étaient compatibles avec les dispositions du traité. La Cour a considéré que la question devait être comprise comme tendant à savoir si les dispositions du traité concernant la libre circulation des marchandises et, notamment, l'article 30 du traité CE, s'opposent à une réglementation nationale de contrôle des prix de détail de la viande bovine, qui interdit aux détaillants la vente de ces produits à un prix dépassant le prix d'achat moyen²⁷⁷. Ce qui constitue une question d'interprétation du droit communautaire à laquelle elle peut répondre.

Si, en principe, le respect de la compétence des juridictions internes et le souci d'assurer une collaboration aussi harmonieuse que possible entre ces juridictions et le juge communautaire, devraient interdire à ce dernier de modifier la question qui lui est posée²⁷⁸, cependant la Cour n'a pas voulu, par l'application rigide des règles de compétences, empêcher le renvoi préjudiciel de déployer ses effets²⁷⁹. Le souhait de répondre utilement aux questions soulevées caractérise la jurisprudence récente de la Cour²⁸⁰ et l'amène à rejeter tout formalisme incompatible avec le mécanisme du renvoi préjudiciel²⁸¹.

²⁷⁷ Le juge communautaire a également assoupli le caractère impératif de sa compétence en matière du renvoi préjudiciel, en décidant que sa compétence n'est pas affectée par le fait que la disposition que la juridiction de renvoi estime l'interprétation est une disposition du droit national d'un Etat membre tant qu'elle renvoie à une disposition du droit communautaire pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet Etat. Selon la Cour, il existe pour l'ordre juridique communautaire un intérêt manifeste à ce que pour éviter des divergences d'interprétation futures, toute disposition du droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer. La compétence de la Cour est toutefois limitée, dans le cadre de cet élargissement, à l'examen des seules dispositions du droit communautaire. Elle ne peut pas, dans sa réponse au juge national, tenir compte de l'économie générale des dispositions du droit interne qui, en même temps qu'elles se réfèrent au droit communautaire, déterminent l'étendue de cette référence (C.J.C.E., arrêt du 18 octobre 1990, Massam Dzodzi/ Etat belge, c-297/88 et c-197/89, *Rec.* 1990, p. 3763).

²⁷⁸ A. Pepy, *précité*, p. 469.

²⁷⁹ Il ne faut pas oublier que le renvoi préjudiciel fournit la moitié des arrêts rendus par la Cour. *En posant les grands principes du droit communautaire, il a marqué de son empreinte le droit interne des Etats membres* (Willy Alexander, « La recevabilité des renvois préjudiciels », *C.D.E.*, 1995, p. 561).

²⁸⁰ Rostane Mehdi, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.D.I.*, 2000, p. 439. Cependant, d'autres auteurs estiment que cette jurisprudence témoigne la volonté de la Cour de se comporter en tuteur des juridictions nationales (Vassili Hatzopoulos, « De l'arrêt Foglia-Novelli à l'arrêt T.W.D textilwerk », *R.M.U.E.*, 1994, p. 212).

²⁸¹ Il faut prendre en considération que la Cour refuse d'une manière générale d'imposer des conditions de forme à la procédure du renvoi préjudiciel : « le traité ne prévoit ni explicitement ni implicitement la forme dans laquelle la juridiction nationale doit présenter sa demande de décision préjudicielle ; que, le sens des termes « l'interprétation du traité » de l'article 177 (devenu 234) pouvant constituer lui-même l'objet d'une

La Cour a montré donc le plus possible de flexibilité à cet égard afin, selon elle, de ne pas empêcher le renvoi préjudiciel, cet outil indispensable au renforcement de l'intégration européenne, d'accomplir sa mission. Il convient cependant d'observer qu'il est difficile de dégager une ligne de conduite précise de cette jurisprudence, car son application n'est pas toujours constante. D'ailleurs, la Cour n'en a pas précisé les critères, ce qui rend la décision de la Cour, de relever d'office son incompétence, imprévisible et à la merci de son interprétation seule²⁸². Cela risque également, selon la majorité de la doctrine, de frapper d'insécurité les parties, car il est souvent difficile de prévoir quelle est la portée exacte des réponses que la Cour jugera bon de donner à ces questions après les avoir aménagées.

§ 2. Le moyen relatif à l'incompétence du juge communautaire liée à la répartition de compétences juridictionnelles dans le cadre de la procédure préjudicielle

La mise en œuvre du renvoi préjudiciel est la conséquence d'un travail commun du juge national et du juge communautaire. La fonction et le pouvoir de chacun, dans cette procédure, sont bien déterminés par le droit communautaire, d'une manière impérative. La répartition de ces fonctions concerne principalement la question de la pertinence de la question préjudicielle, son cadre factuel, la nature judiciaire du litige pendant devant le juge national et les conditions relatives à la juridiction a quo posées par l'article 234 du traité CE. La question à laquelle on devra apporter une réponse dans cette section, est de savoir si toutes ces questions relèvent de l'ordre public communautaire.

interprétation du traité, il est loisible au juge national de libeller sa demande dans une forme directe et simple qui laisse à la Cour de justice le soin de ne statuer sur cette demande que dans les limites de sa compétence, c'est-à-dire seulement dans la mesure où elle comprend des questions d'interprétation du traité » (arrêt du 6 avril 1962, De Geus en Uitdenbogerd/Bosch, c-13/61, *Rec.* 1962, p. 89). Il est également arrivé à la Cour de transformer des questions d'interprétation en des questions de validité sans exiger aucun formalisme (voir en ce sens C.J.C.E., arrêts du 16 juillet 1981, Biller e.a./Parlement, c-154/79, *Rec.* 1981, p. 2125, et du 14 juin 1990, Weiser/Caisse nationale des barreaux français, c-37/89, *Rec.* 1990, p. 2395).

²⁸² J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 312.

A) La pertinence de la question préjudicielle

1. Evolution de la jurisprudence

En principe, le juge national est le juge du procès. Lorsqu'une question préjudicielle est soulevée par l'une des parties, il lui incombe seul, en vertu du principe de la répartition de compétences avec le juge communautaire, de vérifier la pertinence de cette question pour la solution au litige au principal²⁸³. Cette conception, contestée par certains avocats généraux²⁸⁴, est celle qui a dominé l'esprit de la Cour de justice jusqu'au début des années quatre-vingt²⁸⁵. La Cour refusait toujours de contrôler les motifs de la question préjudicielle. Tant que la question avait été déférée par le juge national, la Cour se trouvait dans l'obligation d'y répondre sauf si la question ne relevait pas de sa compétence : *« les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses questions, ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement, restent soustraites à l'appréciation de la Cour »*²⁸⁶. Le pouvoir d'appréciation conféré au juge national était

²⁸³ C.J.C.E., arrêt du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, c-56/65, *Rec.* 1966, p. 337.

²⁸⁴ Dans ses conclusions sous l'affaire *Albatros*, l'avocat général avait demandé à la Cour de réviser cette jurisprudence pour qu'elle contrôle la pertinence des questions préjudicielles : *« d'une part, la difficulté de tracer la frontière entre l'interprétation et l'application du traité, qui est en même temps celle de la compétence respective de la juridiction communautaire et des juridictions nationales qu'aucun juge n'a reçu mission de fixer en cas de conflit... faut-il d'autre part pousser jusqu'à ses dernières conséquences le principe suivant lequel la Cour n'a pas à apprécier les considérations sur lesquelles le juge national a fondé le renvoi pour décision préjudicielle, même si la question est manifestement sans rapport avec le litige au principal ? La Cour devra-t-elle cependant donner dans ce cas une interprétation abstraite, doctrinale, sans lien avec la solution d'un litige, mais qui n'en sera pas moins susceptible d'être invoquée à d'autres fins susceptibles et de créer des conflits avec les juridictions ou les autorités nationales ? peut-être aurez-vous un jour à fixer une limite à ce qui apparaîtrait comme un abus de procédure »* (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *SARL Albatros/SOPECO*, arrêt du 4 février 1965, c-20/64, *Rec.* 1965, p. 41). Également, dans ses conclusions sous l'affaire *Costa*, l'avocat général avait souligné que la question posée serait manifestement sans rapport avec le litige au principal, que par conséquent, la Cour pourrait être en mesure de ne fournir au juge national qu'une interprétation abstraite qui se présenterait dans ces conditions comme une prise de position purement doctrinale (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Costa/E.N.E.L.*, arrêt du 15 juillet 1964, *Rec.* 1964, p. 1141. Voir également en ce sens, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, c-26/62, *Rec.* 1963, p. 3).

²⁸⁵ Il faut rappeler que la seule atteinte aux fonctions du juge national que la Cour se permettait durant ces années se limitait à la reformulation de la question préjudicielle.

²⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos/ Administration fiscale néerlandaise*, c-26/62. *Rec.* 1963, p. 3, sp. p. 22. Voir en ce sens arrêts du 15 juillet 1974, arrêts *Costa/E.N.E.L.*, c-6/64, *Rec.* 1964, p. 1141, et du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association*, c-36 et 71/80, *Rec.* 1981, p. 735. Il faut également faire remarquer que dans le cas où la juridiction nationale ne précisait pas les motifs de la question préjudicielle,

absolu ; la Cour ne permettait pas qu'il soit sujet à une limitation issue d'une clause compromissaire d'un contrat²⁸⁷ ou d'une règle de procédure nationale²⁸⁸.

Cependant, au début des années quatre-vingt et, plus précisément, à l'occasion des arrêts *Foglia 1 et 2*, la Cour de justice semble avoir rompu avec son ancienne jurisprudence en s'autorisant à contrôler la pertinence de la question préjudicielle pour la solution au litige au principal. Par ces deux arrêts successifs, la Cour de justice a aménagé sa position passive dans la procédure préjudicielle qui était limitée à l'interprétation du droit communautaire et à l'examen de la validité de ses actes, pour se substituer en fait au juge national pour la solution à donner au cas d'espèce²⁸⁹. Dans l'affaire *Foglia 1*²⁹⁰, la Cour s'est déclarée incompétente d'office pour répondre aux questions préjudicielles posées par le juge national, car elles tendaient à juger le droit français incompatibles avec le droit communautaire. La nouveauté apportée par cet arrêt est qu'en l'occurrence, les questions préjudicielles ne demandaient pas expressément à la Cour de statuer sur une telle compatibilité, mais que la construction procédurale avait été imaginée, selon la Cour, en vue de l'amener à prendre position sur certains problèmes de droit national. Le caractère artificiel du litige a été déduit notamment du fait que les parties au principal visaient à obtenir une condamnation du régime fiscal français des vins de liqueur « par le biais d'une procédure devant une juridiction italienne entre deux parties privées qui sont d'accord sur le résultat à atteindre et qui ont inséré une clause dans leur contrat en vue d'amener la juridiction italienne à se prononcer sur ce point »²⁹¹. Ainsi, la

la Cour ne sanctionnait pas ce comportement, car elle considérait qu'il existe une présomption selon laquelle la juridiction nationale avait estimé la question déferée nécessaire pour la solution du litige (C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1979, *Union laitière normande/French Dairy Farmers*, c-244/78, *Rec.* 1979, p. 2663).

²⁸⁷ C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 1978, *Mattheus*, c-93/78, *Rec.* 1978, p. 2203.

²⁸⁸ Dans l'affaire *Rheinmoehlen*, la Cour avait décidé qu'« une règle de droit national, liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions la faculté de saisir la Cour de justice de questions d'interprétation du droit communautaire concernées par de telles appréciations en droit » (Arrêt du 16 janvier 1974, c-166/73, *Rec.* 1974, p. 33, sp. p. 38 et 39).

²⁸⁹ Albert Van Houtte, « La Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1983, p. 3-35, sp. p. 27. Voir en ce sens Georges Vandensanden, « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », *Mélanges Waelbroek*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619-648, sp. p. 622.

²⁹⁰ C.J.C.E., arrêt du 11 mars 1980, *Foglia*, c-104/79, *Rec.* 1980, p. 745.

²⁹¹ Il faut préciser que, comme en témoigne la jurisprudence postérieure à l'affaire *Foglia*, le fait que les parties sont d'accord sur la solution du litige ne suffit pas à révéler le caractère artificiel du litige. Il faut d'autres

Cour s'est permise, pour la première fois, de juger des éléments de fait et de droit relevant du litige au principal pour statuer sur sa compétence, ce qui était longtemps considéré comme une zone réservée au juge national.

Choquée par la nouvelle ingérence de la Cour dans son champ de compétence, la juridiction italienne a décidé de saisir celle-ci une nouvelle fois, afin d'obtenir une appréciation certaine de la signification de l'arrêt *Foglia 1*, et notamment sur la question de la délimitation du pouvoir d'appréciation réservé au juge national, d'une part et à la Cour, d'autre part, en ce qui concerne la formulation des questions préjudicielles et l'appréciation des circonstances de fait et de droit qui caractérisent les controverses de fond. Dans sa réponse donnée à l'occasion du deuxième arrêt *Foglia*²⁹², la Cour a été plus précise, cette fois-ci, sur l'étendue de son pouvoir de contrôle de la pertinence de la question préjudicielle : elle a jugé qu'en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, le juge nationale remplit, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun en vue d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du traité et que, dès lors, les problèmes que peut soulever l'exercice du pouvoir d'appréciation de ce juge et les rapports qu'il entretient avec la Cour dans le cadre de l'article 234 CE relèvent exclusivement des règles du droit communautaire. Ainsi, la Cour a fait expressément rentrer le contrôle de la pertinence de la question posée par le juge national dans sa compétence en la qualifiant de question relevant du droit communautaire^{293 294}.

preuves (C.J.C.E., arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec/TF1 et M6*, c-412/93, *Rec.* 1995, p. 179). Cette jurisprudence de la Cour a amené certains auteurs à juger ces arrêts comme témoignant la volonté de la Cour de ne pas généraliser la jurisprudence *Foglia* (voir en ce sens Peter Olivier, « Recevabilité des questions préjudicielles », *C.D.E.*, 2001, p. 14-41, sp. p. 26). A notre avis, cependant, ces arrêts ne font que délimiter le champ d'application de la jurisprudence *Foglia* et ses conditions d'application.

²⁹² C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1981, *Foglia*, c-244/80, *Rec.* 1981, p. 3045.

²⁹³ *Id.*, § 16. Certains auteurs estiment que cette constatation fait du raisonnement de la Cour sur la coopération instaurée par l'article 234 du traité CE un raisonnement contradictoire, car après avoir affirmé que les fonctions de la Cour et du juge national, sont séparées, la Cour n'hésite pas d'affirmer qu'il s'agit d'une seule et même fonction (F.G. et D.S., *Europe*, fascicule 360, août-sept 1995, p. 10).

²⁹⁴ Contrairement au renvoi en interprétation, le contrôle de la pertinence des questions préjudicielles dans le cadre du renvoi en appréciation a été établi de quelques années plus tôt, d'une manière implicite, dans l'affaire *Nieman* en 1974. Dans cette affaire, la juridiction nationale avait posé à la Cour une question préjudicielle relative à un règlement dont la validité avait contestée par les parties au litige au principal. La Cour, après avoir interprété les dispositions en cause, a conclu que le règlement attaqué n'était pas applicable dans le cas d'espèce ce qui privait les questions relatives à sa validité de leur objet. Ce qui signifie que la Cour a refusé de répondre à ces questions, car elle les a considérées comme non pertinentes pour la solution du litige au principal (C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1974, *Nieman/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, c-191/73, *Rec.* 1974, p. 571).

La Cour n'a pas tardé à appliquer la jurisprudence *Foglia* à d'autres situations dans lesquelles le caractère fictif du litige n'était pas seul en cause²⁹⁵. Ainsi, dans l'affaire *Salonia*²⁹⁶, après avoir rappelé le principe de base établi par l'arrêt *Salgoil* qui implique son incompétence pour censurer les motifs de l'ordonnance de renvoi, la Cour a précisé qu'elle peut, cependant, en principe, rejeter une demande formée par une juridiction nationale s'il apparaissait d'une manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de la validité d'une règle communautaire, demandée par cette juridiction, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal²⁹⁷.

Dans la même ligne, dans l'affaire *Grau-Hupka*²⁹⁸, la Cour a déclaré la question irrecevable en raison de l'inexistence d'aucun rapport avec le litige au principal « *Outre que Mme Grau-Hupka appartient précisément à la catégorie des travailleurs à temps partiel que la juridiction de renvoi estime favorisée sur le plan de l'accès à l'emploi, il ressort du dossier que l'objet du litige au principal consiste en la revendication, par cette employée à temps partiel, d'une rémunération supérieure à celle qu'elle perçoit du fait de la perception, en sus de son salaire, de pensions de vieillesse lui assurant une position sociale stable, et non en la contestation d'une discrimination dont elle serait victime sur le plan de l'accès à l'emploi. L'interprétation de la directive sur l'égalité d'accès à l'emploi est donc sans pertinence pour la solution du litige au principal* »²⁹⁹.

²⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 16 juin 1981, *Salonia/Poidomani e Giglio*, c-126/80, *Rec.* 1981, p. 1563.

²⁹⁷ Cette nouvelle ingérence de la Cour de justice dans le champs de compétence du juge national peut heurter, selon certains auteurs, le droit des plaignants au juge, car tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un Etat membre qui s'avèrent contraires au droit communautaire, doit avoir la possibilité de rechercher la protection d'un juge compétent et, pour sa part, ce juge doit avoir la liberté de se faire éclairer sur la portée des dispositions pertinentes du droit communautaire par l'intermédiaire de la procédure de l'article 234 du traité CE (Fabrice Picode, « Le droit au juge en droit communautaire » in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Joël Rideau [Dir], Paris, L.G.D.J., 1998, p. 141-170, sp. p. 153).

²⁹⁸ C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1994, *Grau-Hupka/Stadtgemeinde Bremen*, c-297/93, *Rec.* 1994, p. 5535.

²⁹⁹ *Id.*, § 18. Souvent la Cour ne déclare pas toute la question irrecevable, mais simplement une partie de celle-ci (C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1996, *Bruyère e.a.*, c-297/94, *Rec.* 1996, p. 1551).

2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au caractère non pertinent de la question préjudicielle

Le moyen relatif à la pertinence de la question préjudicielle a été élevé, au rang des moyens d'ordre public communautaires. Il a été considéré par la Cour comme relatif à la répartition de compétences entre elle et le juge national. Ce principe a été énoncé pour la première fois dans l'ordonnance *Falciola*³⁰⁰. Dans cette affaire, pour la première fois, la Cour a rejeté d'office des questions préjudicielles comme manifestement non pertinentes, car elle a estimé que l'interprétation des textes communautaires visée par ces questions n'avait aucun rapport avec le litige.

Il convient de faire remarquer que la décision *Falciola* n'apporte rien de nouveau à propos du caractère d'ordre public de ce moyen, implicitement admis par la Cour depuis le début. Cependant, cette ordonnance fonde pour la première fois le caractère d'ordre public sur de nouveaux motifs, autres que ceux qui ont été reconnus avant les affaires *Folgia*, tout en restant dans la sphère de compétence juridictionnelle de la Cour. Il ne fait aucun doute que ce moyen a été toujours considéré comme un moyen d'ordre public relatif à l'incompétence juridictionnelle de la Cour³⁰¹ et que le juge s'est toujours reconnu la possibilité de s'y opposer d'office. Cependant, le passage de la prohibition au consentement à l'égard du contrôle de la pertinence de la question préjudicielle, sans toutefois affecter le caractère d'ordre public, a eu pour conséquence la nécessité d'un certain remaniement du fondement du caractère d'ordre public de ce moyen pour qu'il puisse s'adapter à la nouvelle orientation de la Cour.

Dans la première phase durant laquelle la Cour n'acceptait pas de contrôler la pertinence de la question préjudicielle, elle trouvait la justification en recourant principalement au principe de la répartition des compétences avec les juridictions nationales. Un partage qui attribue à l'une la compétence pour résoudre au fond les litiges dont elle se trouve saisie au principal par l'effet de l'applicabilité directe et à l'autre la compétence pour répondre, à titre préjudiciel

³⁰⁰ C.J.C.E., ordonnance du 26 janvier 1990, *Falciola*, c-286/88, *Rec.* 1990, p. 191, § 9. 1992.

³⁰¹ Voir plus particulièrement l'affaire, *Lothar Mattheus/Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost*, *précité*.

aux questions d'interprétation ou de validité du droit communautaire qui lui sont proposées par les premières³⁰². La juridiction statuant à titre préjudiciel ne peut connaître des faits de l'espèce ni censurer les motifs de la demande d'interprétation³⁰³. Cette répartition de compétences reposait clairement, selon la Cour, sur le texte de l'article 230 du traité CE qui prévoit que lorsqu'une question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question³⁰⁴.

Dans la deuxième phase de la jurisprudence de la Cour, dans lequel celle-ci se reconnaît le pouvoir de contrôler la pertinence des questions préjudicielles, la séparation des pouvoirs des deux juges demeure toujours le fondement du moyen, mais avec une nouvelle étiquette. La Cour fonde désormais son incompétence, lorsque la question soulevée s'avère manifestement non pertinente, sur la fonction interprétative dont elle est chargée en général dans le cadre de l'article 234 du traité CE, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques³⁰⁵. C'est en considération de cette mission que la Cour estime ne pas pouvoir statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une règle communautaire, demandée par cette dernière, n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal³⁰⁶. C'est donc la nécessité d'éliminer les renvois qui ne satisfont pas à

³⁰² J. Boulouis, R. M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, précité, T.II., p. 145. Voir également arrêt du 23 janvier 1975, Van der Hulst/Produktschap voor Siergewassen, c-51/74, *Rec.* 1975, p. 79.

³⁰³ C.J.C.E., arrêt du 4 février 1965, SARL Albatros/SOPECO, c-20/64, *Rec.* 1965, p. 41.

³⁰⁴ La Cour se fondait également sur le fait que c'est le juge national qui est le mieux placé pour apprécier la nécessité d'une décision préjudicielle : « Dans le cadre de cette procédure de renvoi, le juge national, qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire, est le mieux placé pour apprécier, au regard des particularités de celle-ci, la nécessité d'une décision préjudicielle pour rendre son jugement » (arrêt du 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board, c-83/78, *Rec.* 1990, p. 2347). Voir en ce sens arrêt du 28 novembre 1991, Durighello, c-186/90, *Rec.* 1991, p. 5773.

³⁰⁵ C.J.C.E., ordonnance du 9 août 1994, La Pyramide, c-373/98, *Rec.* 1994, p. 3999.

³⁰⁶ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association e.a./Bosman e.a., c-413/95, *Rec.* 1995, p. 492. Voir notamment, arrêt du 26 octobre 1995, Furlanis costruzioni generali, c-143/94, *Rec.* 1995, p. 3633.

l'objectif poursuivi par l'article 234 du traité CE qui est devenue le fondement actuel du caractère d'ordre public du moyen relatif à la non pertinence de la question préjudicielle.

Si la Cour doit pouvoir s'en remettre de la façon la plus large à l'appréciation du juge national en ce qui concerne la nécessité des questions qui lui sont adressées, elle doit être mise en mesure de porter toute appréciation inhérente à l'accomplissement de sa propre fonction³⁰⁷. Elle ne peut donc, sans méconnaître les tâches qui lui incombent, rester indifférente à l'égard des appréciations portées par les juridictions des Etats membres dans les cas exceptionnels où celles-ci pourraient avoir une incidence sur le fonctionnement régulier de la procédure prévue par l'article 234 du traité CE³⁰⁸. En effet, aux termes de l'arrêt : « *La compétence de la Cour au titre de l'article 177 (devenu 234) ayant pour objectif d'assurer l'interprétation uniforme, dans tous les Etats membres, des dispositions de droit communautaire, la Cour se borne à déduire de la lettre et de l'esprit de celles-ci la signification des normes communautaires en cause* »³⁰⁹.

Le rattachement de ce moyen à la compétence juridictionnelle de la Cour et son caractère d'ordre public peuvent apparaître étonnants, après que la Cour se soit attribuée ces nouveaux pouvoirs. En effet, la compétence de contrôler la pertinence des questions préjudicielles

³⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1995, Zabala Erasun e.a./Instituto Nacional de Empleo, c-422/93, *Rec.* 1995, p. 1567. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 16 décembre 1981, Foglia, c-244/80, *Rec.* 1981, p. 3045, § 19.

³⁰⁸ Cependant, il faut préciser que l'inexistence de précisions offertes par le juge national sur les motifs qui lui ont dicté le choix des questions préjudicielles ne relève pas de l'ordre public communautaire. La Cour n'a pas sanctionné ce comportement jusqu'à maintenant, même dans la deuxième phase de sa jurisprudence relative au contrôle de la pertinence de la question préjudicielle. Elle reprochait seulement au juge national le fait de l'avoir négligé. Elle se contentait uniquement de lui adresser un message dont la substance est qu'il est indispensable de donner un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions communautaires dont il demande l'interprétation et sur le lien qu'il établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige afin de permettre l'accomplissement de ses missions et de permettre aux Etats membres et aux parties d'exercer utilement leur droit de soumettre leurs observations. (Voir en ce sens C.J.C.E., arrêt du 12 juin 1986, Bertini./Regione Lazio, c-98/95, *Rec.* 1986, p. 1885, et ordonnances du 25 juin 1996, Italia Testa, c-101/96, *Rec.* 1996, p. 3081, § 6, et du 7 avril 1995, Grau Gomis e.a., c-167/94, *Rec.* 1995, p. 1023, § 9, et du 30 avril 1998, Procédures pénales/ Italia Testa et Modesti, c-128/97, *Rec.* 1998, p. 2181). Ce qui est, à notre avis, une attitude contradictoire avec la nouvelle orientation de la Cour, bien que cela semble, selon certains auteurs, être conforme à l'attitude du juge communautaire d'encadrer la procédure et non de la remplacer (Jacques Pertek, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire : coopération entre C.J.C.E et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, p.128,129).

³⁰⁹ C.J.C.E., arrêt du 18 octobre 1990, Massam Dzodzi/ Etat belge, c-297/88 et c-197/89, *Rec.* 1990, p. 3763.

appartenait initialement au juge national et il n'y a pas eu de modification législative du traité transférant à la Cour cette compétence. Le rattachement de cette question à la compétence, après la nouvelle orientation de la jurisprudence de la Cour, montre comment elle peut manier, selon ses propres souhaits, des règles de procédure d'ordre public, comme celles relatives à sa compétence, pour réaliser ses objectifs et se reconnaître de nouveaux pouvoirs qu'elle estime nécessaires pour assurer l'intégration européenne, sans attendre les modifications textuelles nécessaires.

Nous rejoindrons ainsi l'avis de la majorité de la doctrine, selon lequel cette jurisprudence n'est qu'un moyen employé par la Cour pour maîtriser la procédure préjudicielle dans le but d'assurer son bon fonctionnement, tout en écartant le juge national³¹⁰. La Cour a ainsi empiété sur l'une des attributions du juge national et, pour toujours rester dans le cadre légal, elle a offert une justification basée sur la fonction générale qui lui est attribuée en vertu de l'article 234 du traité CE, celle d'assurer une application uniforme du droit communautaire. Pareille justification n'est guère convaincante, notamment en raison du fait que la Cour avait la même mission lorsqu'elle refusait de contrôler la pertinence de la question préjudicielle.

Enfin, il faut préciser que le pouvoir du juge communautaire de contrôler la pertinence des questions préjudicielles n'est pas absolu. En effet, comme il ressort d'une jurisprudence constante, la Cour ne s'est autorisée que le contrôle de la non pertinence manifeste de la question préjudicielle : « *La Cour ne peut pas statuer sur une question préjudicielle lorsqu'il apparaît de manière manifeste (c'est nous qui soulignons) que l'interprétation du droit communautaire demandée par une juridiction nationale n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige* »³¹¹. Elle maintient toujours sa jurisprudence initiale lorsqu'il n'y pas de non pertinence manifeste : « *dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles entre les juridictions nationales et la Cour, prévue par l'article 177 du traité (devenu 234), la Cour statue à titre préjudiciel sans qu'elle ait, en principe, à s'interroger sur les circonstances*

³¹⁰ F.G. et D.S, *Europe*, juin, 1995, fascicule 361, p. 5.

³¹¹ C.J.C.E., ordonnance du 25 mai 1998, Rouhollah Nour/Burgenländische Gebietskrankenkasse, c-361/97, *Rec.* 1998, p. 3101. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 13 juillet 2000, *Idéal tourisme*, 36/99, *Rec.* 2000, p. 6049.

dans lesquelles les juridictions nationales ont été amenées à lui poser les questions et se proposent de faire application de la disposition de droit communautaire qu'elles lui ont demandé d'interpréter »³¹².

Toutefois, nous estimons encore que cette distinction entre la pertinence manifeste et normale semble être en contradiction avec l'esprit qui a guidé l'extension du pouvoir de la Cour ; la nécessité d'assurer à la procédure du renvoi préjudiciel l'efficacité la plus grande possible dans l'administration de la justice dans les Etats membres. La réalisation de ce but nécessite l'intervention du juge communautaire chaque fois que la question apparaît non pertinente pour la solution du litige et non seulement dans le cas de non pertinence manifeste. Cependant, il faut admettre que la Cour n'a pas fixé les limites entre ces deux types de non pertinence, ce qui l'amène souvent à juger la pertinence des questions qui ne semblaient pas être manifestement sans rapport avec le litige au principal³¹³.

B) L'insuffisance du cadre factuel des questions préjudicielles

Dans le cadre de la répartition de compétences entre le juge national et le juge communautaire, il incombe au premier d'établir les faits en laissant les questions de droit communautaire au deuxième³¹⁴. La Cour n'est pas compétente pour vérifier l'exactitude des faits ou qualifier ce qu'elle indique expressément ; elle est seulement compétente pour répondre de manière précise à la question qui lui est soumise. Il est donc nécessaire que la décision de renvoi du juge national comprenne, d'une part, un exposé des faits dont la

³¹² C.J.C.E. arrêt du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher/Oberfinanzdirektion Köln, c-231/89, *Rec.* 1990, p. 4003. Voir en ce sens arrêts de la Cour du 15 décembre 1994, Stadt Lengerich e.a./Helmig e.a., c-399/92, *Rec.* 1994, p. 5727 et du 18 mai 2000, Rombi et Arkopharma, c-107/97, *Rec.* 2000, p. 3367. Toutefois, l'ordonnance de renvoi peut faire toujours l'objet d'un recours interne jugeant la pertinence de la question : « l'art 177 (devenu 234) ne s'oppose pas à ce que les décisions d'une telle juridiction saisissant la Cour de justice à titre préjudiciel restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit international » (C.J.C.E., arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr, c-146/73, *Rec.* 1974, p. 139).

³¹³ Voir notamment, l'arrêt de la Cour du 16 juillet 1992, Manuel José Lourenço Dias / Director da Alfândega do Porto, c-343/90, *Rec.* 1992, p. 4673.

³¹⁴ Vassili Hatzopoulos, *précité*, p. 201.

connaissance est indispensable pour comprendre la portée juridique du litige pendant devant le juge communautaire et d'autre part un exposé des éléments de droit éventuellement applicables au litige³¹⁵. La précision du cadre factuel du litige au principal est indispensable au juge communautaire afin qu'il puisse accomplir correctement sa mission dans le cadre de l'article 234 du traité CE³¹⁶.

Partant, la jurisprudence de la Cour est constante : est manifestement irrecevable la demande d'un juge national dont la décision de renvoi ne contient pas d'indications suffisantes quant à la situation de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi et qui se limite à reproduire les questions proposées par les parties défenderesses au principal.

Le moyen relatif à l'insuffisance du cadre factuel de la question préjudicielle ne constitue pas un simple vice de forme pour la Cour de justice ; c'est un moyen d'ordre public qui peut être invoqué par les parties ou soulevé d'office³¹⁷. La Cour, cependant, s'est abstenue de préciser la nature exacte de ce moyen d'ordre public ou la règle sur laquelle se repose. Elle s'est contentée de considérer que c'est un motif d'irrecevabilité, sans lui donner aucune appellation³¹⁸, mais il semble, en tous cas, que la Cour ne considère pas que ce soit un moyen relatif à la répartition des compétences juridictionnelles entre elle et les juges nationaux. Il est manifeste que la Cour opère une distinction entre le moyen relatif à son incompétence et le moyen relatif à l'insuffisance du cadre factuel des questions préjudicielles. Ainsi, dans

³¹⁵ Jacques Pertek, *précité*, p. 128. Cette règle a été traduite officiellement par la Cour dans l'annexe I, point 6, alinéa 3, de la note informative publiée par celle-ci et qui exige que l'acte de renvoi contienne : 1) un exposé de fait essentiel à la compréhension du litige. 2) l'exposé des éléments de droit applicables ; 3) l'exposé des raisons qui ont conduit le juge à procéder au renvoi et à déterminer la matière de renvoi, en explicitant le choix des dispositions communautaires dont l'interprétation ou l'appréciation de validité est demandée et leur lien avec les dispositions nationales applicables.

³¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 15 septembre 1994, Brenner et Noller/Dean Witter Reynolds, c-318/93, *Rec.* 1994, p. 4275.

³¹⁷ C.J.C.E., arrêt du 16 juillet 1992, Meilicke/ADV-ORGA, c-83/91, *Rec.* 1992, p. 4871. Voir également arrêt de la Cour du 15 janvier 1985, Kupferberg/Hauptzollamt Mainz, c-253/83, *Rec.* 1985, p. 157.

³¹⁸ C.J.C.E., ordonnance du 11 février 2004, Antonio Cannito/La Fondiaria Assicurazioni SpA, affaires jointes c-438/03, c-439/03, c-509/03 et c-2/04, *Rec.* 2004, p. 1605.

l'ordonnance *Grau*³¹⁹, face à plusieurs questions qui lui ont été posées, dont une qui était relative à l'interprétation de l'article 2 (ex-B) du traité UE, la Cour, a tout d'abord relevé son incompétence à l'égard de la première question. Ensuite elle a refusé de répondre aux autres questions parce qu'elles manquaient de cadre factuel. Dans sa décision finale, on remarque clairement la distinction que la Cour a opérée entre les deux motifs d'irrecevabilité : « *il convient de constater, en application de l'article 92 du règlement de procédure, que la Cour est manifestement incompétente pour répondre à une question préjudicielle relative à l'article B du traité sur l'Union européenne et que, pour le surplus, la demande du juge national est manifestement irrecevable* »³²⁰. (c'est nous qui soulignons).

Nous estimons, cependant, que cette jurisprudence s'écarte nettement de celle établie dans le contexte de la pertinence des questions préjudicielles. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la raison pour laquelle elle conditionne la recevabilité des questions à l'existence d'un cadre factuel est la même que celle qui l'a amenée à refuser de statuer sur des questions non pertinentes pour la solution du litige au principal, à savoir de permettre à la Cour de répondre utilement aux questions qui lui ont été posées afin de donner effet à l'article 234 CE. « *Est en conséquence manifestement irrecevable, en ce qu'elle ne permet pas à la Cour une interprétation utile du droit communautaire, la demande d'un juge national dont le jugement de renvoi ne contient aucune indication ni quant à la situation de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi, ni quant aux raisons pour lesquelles il estime nécessaire de poser une question à la Cour* »³²¹. La Cour reconnaît expressément que c'est un seul fondement qui conditionne l'irrecevabilité dans les deux cas : « *En effet, l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques. C'est en considération de cette mission que la Cour a estimé ne*

³¹⁹ C.J.C.E., ordonnance du 7 avril 1995, Procédure pénale/Juan Carlos Grau Gomis et autres, c-167/94. *Rec.* 1995, p. 1023.

³²⁰ *Id.*, § 12. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 13 avril 2000. Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL/Fédération royale belge des sociétés de basket-ball, c-176/96, *Rec.* 2000, p. 2681, et ordonnance du 26 avril 1993, Monin Automobiles-Maison du Deux Roues, c-386/92, *Rec.* 1993, p. 2049.

³²¹ C.J.C.E., ordonnance du 11 mai 1999, Philippe Anssens/Directeur des services fiscaux du Nord, c-325/98. *Rec.* 1999, p. 2969.

pas pouvoir statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale, lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une règle communautaire, demandées par la juridiction nationale, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, ou encore (c'est nous qui soulignons) lorsque le problème est de nature hypothétique et que la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées »³²².

Comment peut-on donc traiter différemment deux moyens ayant le même fondement en considérant que l'un est relatif à l'incompétence juridictionnelle de la Cour, tandis que l'autre est traité comme une condition de recevabilité autonome du renvoi préjudiciel ? Nous estimons que la déclaration de la Cour sur la nature de cette fin de non-recevoir manque de clarté, si elle n'est pas simplement erronée et contradictoire avec sa jurisprudence en matière de pertinence de la question préjudicielle.

On ne peut trouver une justification de cette position de la Cour que dans le fait qu'elle attache beaucoup d'importance, en élevant ce moyen au rang de moyen d'ordre public, à la possibilité pour les parties intéressées de pouvoir présenter des observations de façon à protéger leur droit de défense : « *Les informations fournies dans les décisions de renvoi ne servent pas seulement à permettre à la Cour de donner des réponses utiles, mais également à donner aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 20 du statut de la Cour* »³²³. Le respect des droits de la défense des parties semble donc participer au fondement du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'absence de cadre factuel des questions préjudicielles. Le moyen n'en garde pas moins toujours son étiquette de moyen relatif à la compétences juridictionnelle de la Cour, étant donné qu'il est né en principe de la répartition de compétence avec le juge national. L'irrecevabilité, dans le cas d'absence de cadre factuel,

³²² C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL /Jean-Marc Bosman, c-415/93, Rec. 1995, p. 4921.

³²³ C.J.C.E., ordonnance du 2 mars 1999, Colonia Versicherung AG Zweigniederlassung München/Etat belge, c-422/98, Rec. 1999, p. 1279. Voir en ce sens ordonnance de la Cour du 9 août 1994, La Pyramide, c-378/93, Rec. 1994, p. 3999.

ne peut être fondée, à notre avis, que sur le principe de la répartition des fonctions entre le juge communautaire et la juridiction nationale. Le respect par la juridiction nationale, de sa propre fonction est nécessaire à la Cour pour rendre des réponses utiles aux questions préjudicielles qui lui sont posées³²⁴. Comme l'a rappelé l'arrêt *Bosman* cité ci-dessus, la Cour n'est pas compétente, en effet, pour formuler des opinions consultatives sur des questions générales³²⁵. Si elle admettait sa compétence pour répondre à de telles questions elle irait « à l'encontre du mouvement de valorisation de sa compétence préjudicielle : il y aurait une dénaturation de sa fonction dans le cadre de l'article 234 CE. Or, la démarche générale de la Cour fait preuve d'un grand souci de cohérence »³²⁶.

C) L'inexistence d'un litige pendant devant la juridiction nationale

La deuxième alinéa de l'article 234 du traité CE peut donner au juge communautaire le droit de s'opposer d'office à la recevabilité de la question préjudicielle lorsqu'il apparaît manifestement des pièces du dossier que le litige n'est plus pendant devant la juridiction principale³²⁷. Selon une jurisprudence constante, il résulte de l'article 234 que les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel³²⁸. La Cour considère que si la procédure devant le juge a quo est déjà

³²⁴ C.J.C.E., ordonnance du 11 mai 1999, Philippe Anssens/Directeur des services fiscaux du Nord, c-325/98, *Rec.* 1999, p. 2969.

³²⁵ C.J.C.E., arrêt du 3 février 1983, Robards, c-149/82, *Rec.* 1983, p. 171. Selon Vassili Hatzopoulos, cette exigence semble également répondre à l'esprit de coopération qui sous-tend l'article 234 CE ; les juridictions du fond établissent les faits en laissant à la Cour les problèmes concernant strictement le droit communautaire (Vassili Hatzopoulos, précité, p. 201).

³²⁶ Olivier Dubos, *Les juridictions nationales et le juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, P.U.F., 2001, p. 119.

³²⁷ Cette deuxième partie de l'article stipule que : « Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question ».

³²⁸ C.J.C.E., ordonnance du 5 mars 1986, Greis Unterweger, c-318/85, *Rec.* 1986, p. 955, et arrêt du 19 octobre 1995, Job Centre, c-111/94, *Rec.* 1995, p. 3361.

clôturée, elle n'est plus compétente pour répondre aux questions soulevées. Cette incompétence est sans doute d'ordre public³²⁹.

L'affaire *Zabala*³³⁰ est l'un des cas les plus dignes d'intérêt de cette ligne de jurisprudence. En l'espèce, le litige au principal opposait les requérants à l'Institut national espagnol de l'emploi au sujet de son refus de leur accorder une allocation de chômage. Après que le tribunal a quo ait déféré à la Cour de justice des questions concernant l'application de certaines règles communautaires pertinentes au litige au principal, les prestations réclamées avaient été versées aux intéressés. Informé de ce que l'affaire s'orientait vers un désistement, la Cour de justice avait demandé à la juridiction de renvoi si elle maintenait ses questions. La juridiction de renvoi avait répondu par l'affirmative qu'elle ne pouvait constater l'extinction de l'instance notamment parce que les questions avaient une importance dépassant le débat entre les parties, dans la mesure où l'interprétation donnée par la Cour aurait une portée générale. Ce point de vue n'a pas été accepté par la Cour qui a bien précisé que c'est une question qui ne relève pas du droit national, mais de l'interprétation de l'article 234 du traité, dont les dispositions s'imposent de façon impérative au juge national. Elle a dès lors décidé d'office qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la question préjudicielle tant que la juridiction a quo n'aurait constaté qu'en vertu de son droit national, l'acquiescement aux prétentions des appelants est intervenu et a entraîné l'extinction des instances au principal.

Cette irrecevabilité d'ordre public est fondée, comme dans le cas des questions non pertinentes, sur les attributions de la Cour dans le cadre de la relation de coopération qui l'unit avec le juge au principal. En effet, sans l'existence d'un litige pendant devant le juge national, l'article 234 CE ne peut pas atteindre son but principal, à savoir fournir aux juridictions nationales l'interprétation des éléments de droit nécessaires pour les litiges dont elles sont saisies : une fois encore, « *la justification du renvoi préjudiciel et, par conséquent, de la*

³²⁹ C.J.C.E., ordonnance du 3 juin 1969, Chanel/Cepeha, c-31/68, *Rec.* 1970, p. 403. Voir également arrêt de la Cour du 13 avril 2000. Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL/Fédération royale belge des sociétés de basket-ball, c-176/96, *Rec.* 2000, p. 2681.

³³⁰ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1995, Zabala Erasun e.a./Instituto Nacional de Empleo, c-422/93, *Rec.* 1995, p. 1567.

*compétence de la Cour, n'est pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux »*³³¹.

On a préféré examiner cette question indépendamment des autres formes d'incompétence de la Cour ayant le même fondement quant à leur caractère d'ordre public, afin de pouvoir examiner l'éventuelle interaction entre cette condition de recevabilité et la compétence du juge national. En d'autres termes, on cherche à savoir si l'incompétence du juge national pour statuer sur le litige au principal exclut de considérer le litige pendant au sens de l'article 234 du traité CE. Dans l'affirmative, le juge communautaire peut-il se déclarer d'office incompétent pour répondre aux questions préjudicielles qui lui ont été posées par une juridiction nationale qui n'est pas compétente, en vertu de ses règles nationales de procédure, pour statuer sur le litige au principal?.

Tout d'abord, il faut constater qu'il ne fait aucun doute que si le juge national se déclare incompétent et communique cette décision à la Cour, celle-ci est tenue de se déclarer d'office incompétente à son tour, car le litige au principal est réputé clôturé³³². Le pouvoir du juge communautaire peut-il toutefois aller, s'il y a des doutes sur la compétence du juge national, jusqu'à s'interroger d'office sur cette question, si le juge national ne s'est pas déclaré incompétent ? Le principe de base réglant généralement ce sujet a été établi dans l'affaire *Reina*³³³. En l'occurrence, la partie défenderesse au litige au principal, a constaté la recevabilité des questions déferées à la Cour au motif que l'ordonnance de renvoi était entachée d'un vice de procédure en vertu des règles impératives du droit allemand, en ce qu'elle n'aurait pas été rendue par la juridiction nationale dans une composition régulière. Selon la défenderesse, la juridiction a quo, devait comprendre, en vertu du droit allemand, en

³³¹ *Id.*, § 29. Le droit communautaire, a-t-elle ajouté, ne fait obstacle à ce que le juge constate l'extinction de l'instance suite à l'acquiescement des parties aux prétentions de l'autre.

³³² Ainsi par l'ordonnance *Chanel*, la Cour a décidé d'office de surseoir à statuer lorsque la juridiction de renvoi l'a informé qu'un appel a été interjeté contre sa décision de renvoi, et que cet appel avait pour conséquence de suspendre l'exécution (C.J.C.E., ordonnance du 3 juin 1969, *Chanel/Cepeha*, c-31/68, *Rec.* 1970, p. 403).

³³³ C.J.C.E., arrêt du 14 janvier 1982, *Reina/Landeskreditbank Baden-Württemberg*, c-65/81, *Rec.* 1982, p. 33.

plus de sa composition ordinaire, deux juges non professionnels, ce qui n'avait été respecté dans le cas d'espèce. Cependant, la Cour s'est reconnue compétente pour répondre à la question posée en vertu du principe de répartition de compétences qui l'empêche de contrôler la violation du droit procédural national : *« il ne lui appartient toutefois pas, vu la répartition des fonctions entre elle et la juridiction nationale, de vérifier si la décision par laquelle elle a été saisie a été prise conformément aux règles d'organisation et de procédure judiciaire du droit national. La Cour doit donc s'en tenir à la décision de renvoi émanant d'une juridiction d'un Etat membre, tant qu'elle n'a pas été rapportée dans le cadre des voies de recours prévues éventuellement par le droit national. Il résulte de ces considérations que la Cour, saisie par une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 177 du traité (devenu 234), est compétente, en vertu de cette disposition, pour répondre aux questions posées, sans qu'il y ait lieu d'examiner au préalable si la décision de renvoi a été prise conformément aux règles d'organisation et de procédure judiciaires du droit national »*³³⁴.

Le principe ainsi établi implique que la Cour de justice ne se donne pas le droit de s'ingérer dans la vérification de l'application des règles de procédure internes. Ce constat couvre certainement la question de la vérification de la compétence de la juridiction de renvoi. La décision sur l'existence du litige devant la juridiction nationale revient exclusivement à cette dernière. La procédure préjudicielle se poursuit *tant que la demande du juge national n'a été retirée ni mise à néant*³³⁵. Ainsi, tant que le juge national ne s'est pas déclaré incompétent, la Cour est tenue de répondre aux questions déferées sans pouvoir contrôler, soit d'office, soit à la demande des parties, la compétence du premier de statuer sur le litige au principal³³⁶.

³³⁴ *Id.*, § 8.

³³⁵ C.J.C.E., arrêt du 30 janvier 1974, BRT/SABAM, c-127/73, *Rec.* 1974, p. 51.

³³⁶ Cette ligne de conduite a été confirmée ultérieurement dans l'affaire *Makedoniko Metro et Michaniki* lorsque la Cour a refusé d'office d'ouvrir une procédure orale, car elle portait sur la contestation de la reformulation de la question préjudicielle par l'avocat général devant la juridiction nationale, ce que la Cour a considéré comme des questions qui relèvent de la compétence exclusive de la juridiction nationale (C.J.C.E., arrêt du 23 janvier 2003, *Makedoniko Metro et Michaniki AE/Elliniko Dimosio*, c-57/01, *Rec.* 2003, p. 1091). Il faut également ajouter que le principe dont part la Cour est qu'il incombe aux ordres juridiques nationaux d'empêcher que des questions préjudicielles soient déferées par des juridictions incompétentes et pour éviter qu'elle ne continue de traiter une question préjudicielle aussi longtemps que le renvoi n'est pas retiré ou que la décision de renvoi n'est pas annulée (Conclusion de l'avocat général dans l'affaire *Telemarsicabruzzo e.a./Circostel*, *Rec.* 1993, p. 393).

La Cour peut-elle cependant contrôler la compétence du juge national de manière indirecte? On peut se demander si, lorsque la compétence du juge national sur le litige au principal est mise en doute devant la Cour, celle-ci peut seulement, d'office ou sur la demande des parties, renvoyer l'affaire devant le juge national pour statuer sur son incompétence³³⁷, comme elle l'a fait dans l'affaire *Zabala*, subordonnant sa propre compétence à la constatation, par la juridiction nationale, que l'acquiescement de l'une des parties aux prétentions de l'autre n'aurait pas pour effet d'éteindre l'instance au principal³³⁸ ?

Si l'on suit l'ordre logique des choses, la jurisprudence *Zabala* doit être appliquée dans ce cas, puisque la compétence du juge national constitue un motif d'extinction du litige au principal, comme l'acquiescement. Cependant, la Cour, d'une manière regrettable, semble ne pas vouloir s'ingérer dans les règles nationales de procédure des Etats membres et se refuse à exercer tout contrôle de la compétence du juge national, même d'une manière indirecte, en lui renvoyant l'affaire pour qu'il se décide lui-même sur sa compétence. Ce constat peut être déduit de l'affaire *Telemarsicabruzzo/Circostel*³³⁹, mais d'une façon plutôt implicite. Dans le cas d'espèce, avant de saisir la Cour, la juridiction de renvoi avait demandé à la Cour constitutionnelle italienne de se prononcer sur la constitutionnalité des règles pertinentes pour la solution du litige. La Cour constitutionnelle avait refusé de répondre à cette question en estimant que le tribunal qui l'avait saisi était manifestement incompétent pour connaître des litiges en principe. Malgré cette décision, le juge national a déféré à la Cour de justice des questions relatives à l'application du droit communautaire au litige dont il était saisi. Il a justifié sa demande préjudicielle, malgré l'arrêt de la Cour constitutionnelle, en s'appuyant sur des raisons de prééminence du droit communautaire qui exigent l'examen de la question préjudicielle avant l'examen du défaut de compétence. Devant la Cour, le gouvernement italien a fait valoir qu'en raison de la décision de la Cour constitutionnelle italienne déclarant le juge de renvoi manifestement incompétent, la Cour devait refuser de répondre aux questions préjudicielles.

³³⁷ Il s'agit certainement dans ce cas, de l'application d'une fin de non-recevoir puisque en renvoyant l'affaire devant le juge national, la Cour déclare en même temps le renvoi préjudiciel irrecevable.

³³⁸ Voir *supra*, p. 127.

³³⁹ C.J.C.E., arrêt du 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo e.a./Circostel e.a.*, c-320/90, *Rec.* 1993, p. 393.

La Cour de justice a cependant rejeté tacitement ce moyen. Elle s'est déclarée incompétente pour un autre motif ; celui de l'insuffisance des hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions ont été fondées. Ce qui signifie que la Cour n'a pas contesté sa compétence en général d'examiner les questions posées par le juge national. En effet, la Cour ne peut vérifier l'insuffisance des hypothèses factuelles des questions posées que si elle se considère de manière générale compétente pour répondre à ces questions³⁴⁰.

Ainsi, il est manifeste que la Cour de justice n'applique pas la jurisprudence *Zabala* au contrôle de la compétence du juge national ni d'ailleurs, comme nous le soutenons, à toute cause de clôture de l'instance devant le juge national qui relève des règles de procédure internes. Cette jurisprudence ne peut être considérée, à notre avis, comme exceptionnelle de la part d'une Cour qui s'est toujours montrée hostile au contrôle des règles de droit interne et qui a affirmé, à plusieurs reprises, qu'il appartient à chaque ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer l'application du droit communautaire³⁴¹.

³⁴⁰ Dans ses conclusions sous l'affaire *Telemarsicabruzzo e.a./Circostel*, l'avocat général soutenait l'idée d'une déclaration d'irrecevabilité au motif que ce cas pouvait être assimilé à une incompétence fondée sur la non pertinence de la question préjudicielle : « *Si la Cour s'est réservée la possibilité de ne pas répondre à des questions qui n'ont manifestement aucun lien avec le litige et s'est entendue à gérer cette réserve avec circonspection, on voit mal pourquoi elle ne pourrait pas refuser de répondre à des questions émanant d'une juridiction qui n'a manifestement aucun lien avec le litige au principal. La possibilité de saisir la Cour resterait, le cas échéant, ouverte au tribunal compétent qui devrait par la suite traiter de l'affaire au principal* » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Telemarsicabruzzo e.a./Circostel*, arrêt du 26 janvier 1993, *Rec.* 1993, § 393). Nous estimons pour notre part que cette assimilation n'est pas tout à fait correcte. La pertinence de la question préjudicielle et l'existence d'un litige pendant devant le juge national, sont deux questions différentes. La réponse à la question déférée par la juridiction nationale pourrai être sans intérêt pour la solution du litige, même si au niveau national, l'affaire est toujours pendante.

³⁴¹ C.J.C.E., arrêt du 19 décembre 1968, *Salgoil/Ministero del commercio con l'estero*, c-13/68, *Rec.* 1968, p. 661. La préférence de la Cour de rester à l'écart des règles de procédures nationales peut se déduire expressément d'une autre jurisprudence en vertu de laquelle, la Cour s'est déclarée toujours compétente pour examiner une question préjudicielle déférée par le juge national, même s'il existe un appel national interjeté contre l'ordonnance de renvoi, si toujours la juridiction de renvoi ne s'est pas sursis à statuer. Ainsi, il est clair que la décision sur toute question relative à l'application des règles de procédures nationales revient premièrement et dernièrement au juge national : « *le traité subordonne la compétence de la Cour de justice à la seule existence d'une demande au sens de l'article 177 (devenu 234), sans qu'il y ait lieu, pour le juge communautaire, d'examiner si la décision du juge national a acquis force de chose jugée d'après les dispositions de son droit national* » (C.J.C.E., arrêt du 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd/Bosch e.a.*, c-13/61, *Rec.* 1962, p. 89).

Une partie de la doctrine estime que cette position de la Cour est certainement erronée. Selon cette doctrine, la Cour de justice doit vérifier la compétence de la juridiction de renvoi, car en vertu du principe de la coopération entre les deux juridictions, le juge national soulevant la question doit être compétent lui aussi en vertu de l'article 234 du traité CE, qui qualifie à la fois la compétence de la Cour de justice et celle du juge national.

Si cette doctrine peut être acceptée du point de vue théorique, cependant, à notre avis, partir de cette base supposerait que la Cour doive elle-même contrôler la compétence du tribunal de renvoi pour connaître de l'affaire au principal, un contrôle qui pourrait rendre nécessaire une prise de position difficile sur des questions de droit national. Dans ce cas, elle devrait mettre à la place du juge national, car cela suppose qu'elle interprète le droit national procédural, ce qui n'entre pas dans sa compétence³⁴². Ceci implique, par ailleurs, la possibilité d'invoquer un moyen tiré du droit interne devant la Cour de justice, ce qui n'est pas acceptable juridiquement, du fait notamment de la difficulté d'accepter l'idée de la dépendance de la Cour de justice à l'égard du juge national pour conférer à ce moyen un caractère communautaire.

D) La nature juridictionnelle de l'institution interrogeant à titre préjudiciel

1° Un moyen d'ordre public touchant à l'incompétence...

L'article 234, alinéa, 2, CE prévoit que « *lorsqu' une telle question est soulevée devant **une juridiction** d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question* ». Aux termes de cet article, la Cour de justice ne peut être saisie, à titre préjudiciel, que par une juridiction nationale appelée à statuer en toute indépendance, dans le

³⁴² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *BRT/SABAM*, arrêt du 30 janvier 1974, c-127/73, *Rec.* 1974, p. 51.

cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel³⁴³. La notion de « juridiction nationale » détermine donc la compétence de la Cour dans le cadre du renvoi préjudiciel³⁴⁴.

Il était indispensable pour que la Cour confère une grande rigueur à la définition du concept de « juridictions d'un État membre » afin de fournir un cadre de référence précis pour que les juges nationaux et les citoyens communautaires puissent savoir, à l'avance, quelles sont les juridictions qui peuvent être considérées comme telles aux fins de l'article 234 du traité CE³⁴⁵. Elle a donc insisté, à plusieurs reprises, sur le fait que la notion de juridiction figurant à l'article 234 est une notion communautaire en dépit de son origine nationale³⁴⁶. Dans l'arrêt *Vaassen-Goebbels*³⁴⁷, la Cour a précisé les conditions principales requises pour qu'une institution puisse être qualifiée de « juridiction » au sens de l'article 234 CE : la permanence, la juridiction obligatoire, la procédure contradictoire et l'application de la règle de droit. Une autre condition a été ajoutée ultérieurement, à savoir l'indépendance de l'institution³⁴⁸. La

³⁴³ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1996, Procédures pénales/CL/X, affaires 74/95 et 129/95, *Rec.* 1996, p. 6609.

³⁴⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire François *De Coster*/Collège des bourgmestre et échevins de *Watermael-Boitsfort*, c-17/00, *Rec.* 2001, p. 9445, § 61.

³⁴⁵ *Id.*, § 64.

³⁴⁶ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1993, Corbiau, c-24/92, *Rec.* 1993, p. 1277. Voir également en ce sens, arrêt de la Cour du 22 octobre 1998, Raija-Lisa Jokela et Laura Pitkäranta, affaires jointes 9/97 et 118/97, *Rec.* 1998, p. 6267. Dans l'affaire *Broekmeulen*, l'avocat général a bien résumé l'importance d'intégrer cette notion dans le droit communautaire eu regard de la fonction du mécanisme du renvoi préjudiciel : « Si au contraire, on voulait voir dans le terme en question un renvoi au droit national, les Etats membres auraient la possibilité, en aménageant certaines instances de leur organisation judiciaire chargées d'appliquer le droit communautaire, de se soustraire au droit et à l'obligation de poser des questions préjudicielles, ce qui aboutirait finalement à une fragmentation du droit que le système de la décision préjudicielle doit précisément permettre d'éviter » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Broekmeulen*, arrêt du 6 octobre 1981, c-246/80, *Rec.* 1981, p. 2311, sp. p. 2336). Il faudrait également ajouter à cette argumentation que si la notion de la juridiction était déterminée par chaque droit national, elle aurait un contenu variable selon les Etats membres (René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 175).

³⁴⁷ C.J.C.E., arrêt du 30 Juin 1966, *Vaassen-Goebbels*/Beambtenfonds, c-61/65, *Rec.* 1966, p. 376.

³⁴⁸ C.J.C.E., arrêt 23 mars 1982, Nordsee/Reederei Mond, c-102/81. *Rec.* 1982, p. 1095. Si la Cour n'a pas précisé quelle est le poids de chaque condition, il ressort de sa jurisprudence qu'elle accorde beaucoup d'importance à la satisfaction de la condition d'indépendance (Peter Olivier, « Recevabilité des questions préjudicielles », *précité*, p. 17).

jurisprudence de la Cour n'atteste pas du caractère cumulatif de ces conditions³⁴⁹. Le caractère de juridiction ne pourra cependant être reconnue s'il est demandé à l'institution de renvoi satisfait aux conditions précédentes de statuer sur un objet qui ne constitue pas un litige au sens strict du mot, mais une procédure qui n'est pas destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel³⁵⁰.

C'est à l'occasion de l'arrêt *Nordsee*³⁵¹ que la Cour de justice a constaté pour la première fois son pouvoir de relever d'office la violation de cette condition de recevabilité³⁵². Elle l'a incontestablement considérée comme une fin de non-recevoir liée à son **incompétence** juridictionnelle³⁵³. Dans l'ordonnance *Broker*³⁵⁴, ayant pour objet une question préjudicielle soulevée par le Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, la Cour a décidé que l'examen de la possibilité que cette institution puisse la soulever en vertu de l'article 234 CE constituait une fin de non-recevoir d'ordre public aux termes de l'article 92 de son règlement de procédure. Suivant la même jurisprudence, dans l'affaire *Greis*, la Cour a refusé d'office la qualité de juridiction à une commission consultative pour les infractions en matière

³⁴⁹ A titre d'exemple, en matière de procédures extraordinaires n'a pas empêché la Cour de considérer le CE italein comme une juridiction lorsqu'il donne un avis dans le cadre d'un recours extraordinaire (C.J.C.E., arrêt du 16 octobre 1997, Maria Antonella Garofalo, c-69/96, *Rec.* 1997, p. 5603), Dans l'arrêt *Politie*, la Cour a accepté sa saisine par une juridiction dont la procédure ne revêtait pas un caractère contradictoire, dans la mesure où elle constituait une juridiction indépendante (C.J.C.E., arrêt de 4 décembre 1971, *Politie*, c-43/71, *Rec.* 1971, p. 1039, § 12).

³⁵⁰ C.J.C.E., ordonnance de 18 juin 1980, *Broker*, c-138/80, *Rec.* 1980, p. 1975. Voir également sur la notion de juridiction, pour une commission de surveillance des marchés publics : C.J.C.E., arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH/Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, c-54/96, *Rec.* 1997, p. 4961 ; et pour une commission rurale : C.J.C.E., arrêt du 22 octobre 1998, Raija-Lisa Jokela et Laura Pitkäranta, affaires jointes c-9/97 et c-118/97, *Rec.* 1998, p. 6267.

³⁵¹ C.J.C.E., arrêt de 23 mars 1982, *Nordsee/Reederei Mond*, c-102/81, *Rec.* 1982, p. 1095.

³⁵² La décision de la Cour était guidée par l'opinion de son avocat général : « *Il convient d'étudier au préalable la recevabilité de la question préjudicielle, (...) cette étude doit être effectuée d'office indépendamment du fait que ce point fait également l'objet de la première question qui nous a été soumise par l'arbitre* » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Nordsee*, arrêt de 23 mars 1982, c-102/81, *Rec.* 1982, p. 1116).

³⁵³ Voir plus clairement sur le rattachement de ce moyen à l'incompétence de la Cour, l'ordonnance *Greis* : « *Il est dès lors manifeste que la Cour n'a pas compétence pour statuer sur l'avis qui lui a été transmis par la Commissione Consultiva per le infrazioni valutatrie. Dans ces conditions, il y a lieu de faire application de l'article 92 du règlement de procédure et de constater d'office l'incompétence de la Cour* » (C.J.C.E., ordonnance de la Cour du 5 mars 1986, Procédure pénale/ Regina Greis Unterweger, c-318/85. *Rec.* 1986, p. 955).

³⁵⁴ C.J.C.E., ordonnance de 18 juin 1980, *Broker*, c-138/80, *Rec.* 1980, p. 1975.

monétaire, parce qu'elle n'avait pas pour mission de trancher les litiges, mais de donner des avis dans le cadre d'une procédure administrative³⁵⁵.

Ce moyen d'ordre public peut puiser sa source également en dehors de l'article 234 du traité CE. C'est le cas de la Convention de Bruxelles de 1968 relative à l'exécution des jugements judiciaires, dont l'interprétation relève de la compétence de la Cour de justice. Les points 1 et 3 de l'article 2 du protocole de cette convention énumèrent de façon expresse et limitative - le premier directement, le second par renvoi à l'article 37 de la convention - les juridictions compétentes pour saisir la Cour. Le point 2 du même article ajoute que sont également compétentes pour saisir la Cour sur l'interprétation de la convention, les juridictions des États contractants lorsqu'elles statuent en appel. Si la question est posée par un tribunal qui ne figure pas sur la liste précisée par la Convention ou qu'il n'est pas une juridiction d'appel, la Cour se déclare d'office incompétente pour statuer sur les questions déférées par le tribunal national³⁵⁶.

2° ... ou à la qualité à agir ?

Il nous semble qu'en dépit de la classification officielle de ce moyen comme un moyen d'ordre public relatif à l'incompétence de la Cour, il convient cependant d'observer que cette classification risque de provoquer une certaine ambiguïté quant à sa confusion avec la qualité à agir. En limitant le droit de saisir la Cour à titre préjudiciel à des institutions juridictionnelles, le traité ne fait que déterminer la qualité nécessaire pour agir en justice communautaire dans le cadre du renvoi préjudiciel. Traditionnellement, la compétence

³⁵⁵ C.J.C.E., arrêt de 5 mars 1986, Greis unterweger, c-318/85, *Rec.* 1986, p. 955, § 6. Voir aussi pour le même principe, arrêts de la Cour du 30 mars 1993, Corbiau, c-24/92, *Rec.* 1993, p. 1288, et du 12 novembre 1998, Victoria Film, c-134/97, *Rec.* 1998, p. 7023.

³⁵⁶ Dans le cas où la question est posée par une juridiction d'appel, la Cour ne fait que vérifier s'il s'agit vraiment d'une juridiction d'appel d'un État contractant ou non (C.J.C.E., ordonnance du 9 novembre 1983, Habourdin International SA e.a./Spa Italcresmona, c-80/83, *Rec.* 1983, p. 3639). Pour les autres juridictions, l'examen consiste à savoir si l'institution a été mentionnée par le protocole sans tenir compte de son caractère juridictionnel ou de sa place dans la hiérarchie de l'ordre juridictionnel national (ordonnance de la Cour du 22 mars 2002, Reichling, c-69/02, *Rec.* 2002, p. 3393).

juridictionnelle ne peut être classifiée qu'en fonction de la matière, du ressort territorial, du temps et du montant du droit faisant grief. Une compétence juridictionnelle liée à la personne qui agit en justice n'est en principe pas reconnue.

Toutefois, cette confusion qui peut apparaître à certains lecteurs, nous semble qu'apparente : il s'agit toujours d'un moyen d'ordre public relatif à l'incompétence de la Cour. Si la Cour n'a pas expliqué pourquoi elle considère ce moyen comme étant relatif à sa compétence, son raisonnement a certainement été basé sur le principe de la répartition des compétences avec les juridictions nationales, en vertu duquel toute institution qui n'est pas considérée comme une juridiction au sens du traité, ne peut saisir la Cour à titre préjudiciel. La Cour, en acceptant une telle procédure préjudicielle, risque d'empiéter sur la compétence attribuée aux juridictions nationales par l'article 234 du traité CE. Ce sont ces juridictions qui sont chargées, selon leurs règles de compétences internes, de poser à la Cour les questions relatives à l'interprétation du droit communautaire applicable au litige dont elles sont saisies et nécessaires pour la solution de ce litige au principal.

C'est le même raisonnement qui a guidé la Cour lorsqu'elle a soulevé d'office son incompétence pour répondre à des questions posées par des personnes physiques ou morales. Face à ce même problème de partage de compétences, il appartient au juge national et non aux parties au litige principal de saisir la Cour. La faculté de déterminer les questions à soumettre à la Cour étant dévolue au seul juge national, les parties ne sauraient en changer la teneur ni les faire déclarer sans objet : *« les compétences respectives de la Cour et des juridictions nationales sont délimitées avec netteté par le traité ; qu'en effet, tant l'article 177 (devenu 234) du traité que l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour C.E.E. prévoient que c'est la juridiction nationale qui décide de suspendre la procédure et de saisir la Cour ; que si les parties à un procès pendant devant une juridiction nationale pouvaient s'adresser directement à la Cour pour lui demander une décision préjudicielle, elles pourraient obliger*

*le juge national à suspendre la procédure en attendant la décision de la Cour ; que ni le traité ni le protocole ne prévoient pourtant pareille limitation aux pouvoirs du juge national »*³⁵⁷.

Par ailleurs, selon nous, il serait difficile pour la Cour de traiter cette question comme un problème de qualité d'agir, car cette dernière est relative à l'identification de la personne par rapport au droit contesté, ce qui n'est pas le cas de la relation qui unit la juridiction saisissant la Cour à titre préjudiciel et le litige au principal. La juridiction nationale n'est pas une partie au litige au principal, elle est le juge du procès, elle ne peut avoir un quelconque lien avec le droit faisant l'objet du litige dont elle est saisie.

En revanche, il était préférable que cette condition soit considérée comme une condition de recevabilité autonome d'ordre public du renvoi préjudiciel, car le rattachement à la compétence nous semble être très indirecte. Ceci ne pourra pas changer, à notre avis, le caractère d'ordre public de cette condition, puisque c'est une condition essentielle de l'application du renvoi préjudiciel.

³⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1962, Wöhrmann/Commission, c-31/62, *Rec.* 1962, p. 965. La Cour applique le même principe pour les questions posées par les parties au litige au principal et qui n'ont pas figuré dans l'ordonnance de renvoi. Selon la Cour, l'article 234 du traité CE institue une coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non contentieuse, étrangère à toute initiative des parties en cause. Il appartient ainsi aux seuls juridictions nationales de décider du principe et de l'objet d'une saisine éventuelle (C.J.C.E., arrêt du 18 février 1971, Sirena/Eda, c-40/70, *Rec.* 1971, p. 69). Les parties sont seulement invitées à présenter des observations dans le cadre juridique tracé par la juridiction de renvoi (C.J.C.E., ordonnance du 14 juillet 1971, Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, c-6/71, *Rec.* 1971, p. 719).

SECTION 2. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF À L'INCOMPÉTENCE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. *L'incompétence ratione materiae du juge communautaire*

Le juge communautaire n'est pas doté d'une compétence générale. Cela résulte des dispositions des articles 183 du traité CE et 155 du traité CEEA, suivant lesquelles en dehors des compétences qui lui sont attribuées par le traité, les litiges relatifs à l'application du droit communautaire ne sont pas soustraits à la connaissance des juridictions nationales³⁵⁸. La compétence du juge communautaire étant une compétence d'attribution, elle implique l'existence d'une compétence naturelle ou de droit commun. Donc, si la Cour se voit attribuer une compétence préjudicielle c'est que le juge national dispose lui même d'une compétence au principal qui lui investit de donner au litige, dont il est seul saisi, une solution³⁵⁹.

La compétence du juge communautaire est généralement déterminée en fonction de la catégorie de procès qu'il peut juger, ce qui est connu sous le nom de compétence matérielle proprement dite³⁶⁰ (A). Cependant, dans certains cas, la détermination des pouvoirs du juge se confond avec celle de la compétence matérielle, notamment lorsque la règle de compétence détermine non seulement la matière du litige, mais également la nature des décisions que le juge pourra prendre pour donner au litige sa solution³⁶¹. Contrairement à la compétence

³⁵⁸ Il faut noter que, pour ce qui concerne l'interprétation du droit communautaire, originaire et dérivé, la Cour de justice ne dispose pas d'une réelle exclusivité. Les juridictions nationales apparaissent donc comme les véritables juridictions du droit commun en matière d'application du droit communautaire. La compétence dont dispose la Cour correspond, en réalité, à un véritable monopole de l'interprétation authentique. Elle seule est apte à définir de manière authentique le sens et la portée de la règle communautaire telle qu'elle aurait dû être comprise dans une affaire née devant une juridiction nationale. (Jean Boulouis, « Nouvelle réflexions à propos du caractère préjudiciel de la Cour des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *précité*, p. 297).

³⁵⁹ *Id.*, p. 25.

³⁶⁰ Cette compétence définie par le traité a été pratiquement étendue par la Cour à des domaines non prévus par le droit communautaire en partant du fait que la compétence de la Cour de justice constitue une condition de l'unité de droit communautaire (Olivier Dubos, *précité*, p. 119)

³⁶¹ Jean-Marie Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. I, p. 277.

matérielle proprement dite du juge communautaire, ce type de compétence a été sujet à une protection plus rigoureuse, notamment lorsque la répartition des fonctions entre les différentes institutions communautaires est mise en cause (B).

A) L'incompétence *ratione materiae* du juge communautaire proprement dite

Fixée par le droit communautaire, l'exclusivité de la compétence du juge communautaire est absolument impérative. Elle n'est pas une obligation qui incombe uniquement à ce dernier, mais elle incombe aussi aux Etats membres en vertu de l'article 292 du traité CE, selon lequel « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci* ».

Le moyen relatif à l'incompétence *ratione materiae* du juge communautaire relève de l'ordre public communautaire et doit être soulevé d'office par ce dernier³⁶². Cependant, le caractère d'ordre public de ce moyen ne présente pas le même degré de certitude pour tous les types de recours du contentieux communautaire.

Dans le cadre *du recours en annulation*, le caractère d'ordre public de ce moyen est bien établi, notamment dans la jurisprudence du Tribunal de première instance³⁶³. Dans l'ordonnance *comité des conventions internationales*, il a été jugé que le moyen relatif à l'incompétence *ratione materiae* du juge communautaire est considéré comme relevant des fins de non-recevoir d'ordre public qui n'exigent pas pour être examinées par le juge qu'elles soient soulevées par l'une des parties. Le Tribunal s'est déclaré incompétent, en l'occurrence,

³⁶² C.J.C.E., arrêt du 17 février 1970, Commission/République italienne, c-31/69, *Rec.*, 1970, p. 25, § n°8.

³⁶³ En vertu de l'article 230 du traité CE, le juge communautaire est seul compétent pour statuer sur la validité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.

car il n'était pas compétent pour statuer sur les litiges en matière contractuelle portés devant lui par des personnes physiques ou morales³⁶⁴.

La compétence matérielle du juge communautaire est d'ordre public, non seulement dans le contentieux de légalité, mais aussi dans le cadre de la procédure en interprétation³⁶⁵. En général, le juge communautaire peut soulever son incompétence d'office lorsque la question proposée ne concerne à aucun égard, ni l'interprétation du traité, ni la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté. Ainsi, dans l'affaire *Godard*³⁶⁶, la Cour s'est déclarée d'office incompétente pour statuer sur une question préjudicielle relative à l'interprétation de la protection qu'apporte le traité au respect du principe fondamental de l'indépendance du juge national dans l'application de la loi, car il ne s'agissait pas d'une question relative à l'interprétation du traité³⁶⁷. Egalement, dans l'affaire *Grau*, la Cour s'est déclarée manifestement incompétente d'office pour répondre à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article B (devenu 2) du traité de l'Union européenne au motif que « *En vertu de l'article L (devenu 46) du traité sur l'Union européenne, il ne peut être fait*

³⁶⁴ T.P.I., ordonnance du 10 juillet 2002, Comitato organizzatore del convegno internazionale "Effetti degli inquinamenti atmosferici sul clima e sulla vegetazione"/Commission, t-387/00, *Rec.* 2002, p. 3031. Voir pour le même principe, arrêt du 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet/ Conseil, t-174/95, *Rec.* 1998, p. 2289.

³⁶⁵ La Cour est compétente dans le cadre du renvoi préjudiciel pour statuer sur l'interprétation des traités constitutifs et l'ensemble des traités ou conventions venant les modifier. Sa compétence comprend les protocoles et les conventions annexes aux traités ainsi que les accords conclus par la Communauté (C.J.C.E., arrêt du 5 février 1976, *Bresciani/Amministrazione delle finanze dello Stato*, c-87/75, *Rec.* 1976, p. 129). Pour les accords mixtes conclus par la Communauté, ses États membres et des pays tiers, la Cour a jugé qu'ils ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté (voir en ce sens arrêt du 30 septembre 1987, *Demirel*, c-12/86, *Rec.* 1987, p. 3719).

³⁶⁶ C.J.C.E., ordonnance du 27 juin 1979, *Godard*, c-105/79, *Rec.* 1979, p. 2257.

³⁶⁷ Dans l'affaire *Magdalena*, la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre à une question qui portait sur l'interprétation des dispositions du droit international qui lient des États membres en dehors du cadre communautaire (C.J.C.E., arrêt du 27 novembre 1973, *Magdalena Vandeweghe./ Berufsgenossenschaft für die chemische Industrie*, c-130/73, *Rec.* 1973, p. 1329). Également, dans l'arrêt *Matheus*, la Cour s'est déclarée incompétente d'office pour statuer à titre préjudiciel sur les conditions de l'adhésion de l'Espagne à la Communauté, car ces dispositions s'insèrent dans un cadre politique et sortent du cadre de la procédure du renvoi préjudiciel (C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 1978, *Lothar Matheus/Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost*, c-93/78, *Rec.* 1978, p. 2203).

*application de l'article 177 du traité (devenu 234) par une juridiction nationale pour interroger la Cour sur l'article B (devenu 2) du traité sur l'Union européenne »*³⁶⁸.

Cependant, dans le cadre *du recours en manquement*, le caractère d'ordre public peut susciter certaines incertitudes qui sont dues à un arrêt récent de la Cour. Cet arrêt, qui est réputé être le seul à avoir été rendu en matière de compétence juridictionnelle dans le cadre du recours en manquement, laisse entendre que la compétence *ratione materiae* de la Cour dans ce contexte n'est pas d'ordre public. Il s'agit de l'affaire *Commission/Irlande*, relative à l'adhésion de l'Irlande à la convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques³⁶⁹. En l'occurrence, la Cour de justice était saisie par la Commission pour constater le manquement de l'Irlande aux obligations découlant des dispositions combinées des articles 300, paragraphe 7, CE et 5 du protocole 28 annexé à l'accord EEE, en n'adhérant pas avant le 1^{er} janvier 1995 à la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (*l'acte de Paris*). Devant la Cour de justice, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne, intervenu au soutien de la partie défenderesse, a fait valoir, en substance, que l'obligation dont la violation était alléguée serait une obligation de droit international qui ne relèverait pas du droit communautaire. La Cour ne serait donc pas compétente pour en connaître. Ce moyen a été cependant jugé irrecevable par la Cour, car il n'a pas été présenté par l'Irlande, la partie au principal. La Cour a ainsi appliqué sa jurisprudence qui interdit à la partie intervenante d'invoquer des moyens autres que ceux qui ont été invoqués par les parties principales, l'autorisant seulement à venir au soutien des arguments de celles-ci : « *Une partie intervenante n'a pas qualité pour soulever une exception d'irrecevabilité non formulée dans les conclusions de la partie défenderesse. Le Royaume-Uni se limitant à contester la compétence de la Cour pour connaître du litige, il s'ensuit que les conclusions de sa requête en intervention sont irrecevables* ». Le fait qu'en principe, la Cour accepte, comme exception à cette règle, l'invocation des moyens d'ordre public³⁷⁰, nous amène à conclure que la Cour

³⁶⁸ C.J.C.E., ordonnance du 7 avril 1995, Procédure pénale/Juan Carlos Grau Gomis et autres, c-167/94. *Rec.* 1023, § n°6.

³⁶⁹ C.J.C.E., arrêt du 19 mars 2002, *Commission/Irlande*, c-13/00, *Rec.* 2002, p. 2943.

³⁷⁰ C.J.C.E., arrêt du 11 juillet 1990, *Neotype Techmaslexport/Commission et Conseil*, c-305/86 et c-160/87, *Rec.* 1990, p. 2945.

ne voulait pas attribuer au moyen relatif à l'incompétence *ratione materiae* dans le cadre du recours en manquement un caractère d'ordre public³⁷¹.

On peut s'étonner de cette prise de position qui est contradictoire avec l'attitude de la Cour à l'égard des questions relatives à sa compétence. On ne voit pas pourquoi la Cour veut soustraire les règles relatives à sa compétence au principe général dominant cette matière. Le fait qu'il s'agisse d'un recours en manquement ne nous semble pas pouvoir constituer un prétexte à cette orientation. Il s'agit, en effet, d'un des plus importants moyens dont dispose la Cour pour imposer l'application du droit communautaire³⁷². On a vu quand même la Cour, dans le cadre du recours en manquement, attribuer au moyen relatif à sa compétence vis-à-vis des juridictions nationales un caractère d'ordre public³⁷³. Pourquoi alors priver de ce caractère d'ordre public le moyen relatif à son incompétence *ratione materiae* dans le cadre du recours en manquement ?³⁷⁴ La position de la Cour restera, à notre avis, incertaine jusqu'à un nouvel arrêt qui, soit confirmera l'arrêt en cause, soit rendra à la compétence de la Cour dans le cadre du recours en manquement sa valeur d'ordre public.

Enfin l'incompétence *ratione materiae* de la Cour peut être soulevée d'office par le juge communautaire à l'occasion d'une exception d'illégalité. Une irrecevabilité d'ordre public peut être opposée à une exception d'illégalité si elle a été invoquée contre un acte communautaire individuel. Le moyen d'irrecevabilité touche certainement dans ce cas à

³⁷¹ L'avocat général dans cette affaire soutenait l'idée selon laquelle la Cour devait examiner ce moyen d'office même s'il avait été présenté par la partie intervenante (Conclusions de l'avocat général, *Rec.* 2002, p. 2968, sp. § 18-23).

³⁷² C.J.C.E., arrêt du 7 octobre 2004, Commission/République française, c-239/03, *Rec.* 2004, p. 9325.

³⁷³ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1970, Commission/République italienne, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25.

³⁷⁴ Il faut faire remarquer que la Cour était, dans le cas d'espèce, compétente pour connaître le recours au principal, comme elle l'a déclaré elle-même, lors de l'examen du fond. Il s'agissait en effet des accords mixtes conclus par la Communauté ou ses États membres et des pays tiers qui ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires. Ceci ne pourrait, à notre avis, constituer le motif pour lequel la Cour a refusé de soulever ce moyen d'office.

l'incompétence de la Cour qui ne peut statuer que sur des exceptions d'illégalité invoquées contre des actes généraux³⁷⁵.

B) Le pouvoir juridictionnel du juge communautaire à la base de son incompétence matérielle

Le principe de séparation des fonctions au sein du système institutionnel communautaire est incontestablement établi. Même s'il n'est pas développé de manière comparable aux ordres juridiques internes, le pouvoir juridictionnel du juge communautaire est bien délimité et séparé des fonctions reconnues aux autres institutions communautaires. Le juge communautaire ne saura donc connaître des litiges qui exigeraient de statuer sur des matières qui relèvent de la compétence des autres institutions communautaires.

Contrairement à l'incompétence *ratione materiae* proprement dite, l'incompétence liée à l'attribution du juge communautaire dans le cadre des relations institutionnelles relève de l'ordre public communautaire quel que soit le contexte procédural et le type de recours dans lequel le litige est né. Ainsi, dans l'affaire *Commission/Italie*³⁷⁶, à l'occasion d'un recours en manquement, la Cour de justice s'est déclarée incompétente d'office pour prolonger le délai offert par la Commission à l'Etat membre accusé de ne pas se conformer à ses obligations. Selon la Cour, les attributions de la Cour dans le cadre de l'article 253 du traité ne comportent pas, sous réserve du contrôle de la légalité de l'avis conforme, la compétence de substituer un autre délai à celui fixé par la Commission en vertu du même article.

Dans un autre arrêt, le Tribunal de première instance a constaté d'office que n'entre pas dans sa compétence la suspension d'un accord d'acquisition en commun de droits de télévision bénéficiant d'une déclaration d'exemption, ceci rentrait, selon le Tribunal, dans la compétence

³⁷⁵ C.J.C.E., Arrêt de la Cour du 18 mars 1980, SpA Ferriera Valsabbia / Commission, affaires jointes 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79, *Rec.* 1980, p. 907.

³⁷⁶ C.J.C.E., arrêt du 10 novembre 1981, *Commission/Italie*, c-28/81, *Rec.* 1981, p. 2577.

de la Commission en vertu du système de répartition des compétences établi par le traité : *« Le rôle du Tribunal consiste à exercer le contrôle juridictionnel de l'action de la Commission en la matière et non pas à se substituer à la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui incombent »*³⁷⁷. Il a été également jugé d'office que *le juge communautaire « est incompetent tant pour adresser des injonctions aux institutions communautaires, aux États membres ou à des personnes physiques ou morales que pour condamner à un titre quelconque des États membres ou des personnes physiques ou morales à l'initiative de personnes physiques ou morales ou encore pour annuler des accords conclus par ces dernières »*³⁷⁸.

La fonction de juger dévolue au juge communautaire peut elle-même engendrer certains cas d'incompétence. La limitation de la compétence du juge à une certaine catégorie de procès limite en même temps ses pouvoirs à l'égard de cette matière. Le juge communautaire est constant dans son rejet pour irrecevabilité d'office d'une demande ou d'une voie de recours qui n'entre pas dans sa compétence. Il assimile ce cas à une incompétence et soulève une telle irrégularité procédurale d'office. Tel est le cas, du juge saisi d'une demande d'assistance judiciaire indépendante³⁷⁹ ou d'une requête en exécution de l'ordonnance prescrivant une expertise³⁸⁰ ou encore d'adresser des injonctions adressés aux Etats membres³⁸¹.

³⁷⁷ T.P.I., ordonnance du 14 décembre 1993, Gestevisión Telecinco SA/Commission, t-543/93, *Rec.* 1993, p. 1409, § 24. Voir pour le même motif d'incompétence, dans la jurisprudence de la Cour de justice, arrêt du 15 janvier 1981, B./Parlement, c-731/79, *Rec.* 1981, p. 107.

³⁷⁸ T.P.I., ordonnance du 29 novembre 1993, Koelman /Commission, t-56/92, *Rec.* 1993, p. II-1267, § 18.

³⁷⁹ C.J.C.E., ordonnance du 21 octobre 1982, K./Allemagne et Parlement, c-233/82, *Rec.* 1982, p. 3637.

³⁸⁰ C.J.C.E., ordonnance du 9 février 1982, CO.DE.MI./Commission, c-229/81, *Rec.* 1982, p. 377.

³⁸¹ C.J.C.E., arrêt du 15 janvier 1981, B./Parlement, c-731/79, *Rec.* 1981, p. 107. Voir pour la même jurisprudence, en qui concerne une demande de sursis, ordonnance de la Cour du 12 mai 1959, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft/Haute Autorité, c-19/59, *Rec.* 1960, p. 85.

§ 2. *L'incompétence territoriale du juge communautaire*

La compétence du juge communautaire est une sorte de juridiction internationale liée à l'application du droit communautaire en général. Dans le cadre des recours du contentieux communautaire direct, la compétence du juge communautaire est principalement définie par rapport à un certain type d'actes : il est compétent pour contrôler la légalité et l'application de certains actes du droit communautaire dérivé. Le traité ne parle pas de restriction territoriale pour la compétence de la Cour.

Toutefois, en dehors du contentieux communautaire direct, la question de l'incompétence *ratione loci* de la Cour peut-elle être soulevée ?

Cette situation ne pourrait être discutée que si une juridiction appartenant à un Etat qui n'est pas membre de la Communauté pose une question préjudicielle à la Cour. Dans ce cas la question préjudicielle doit être en principe déclarée irrecevable en vertu de l'article 234 du traité CE qui énonce que la Cour ne peut être saisie à titre préjudiciel que par une juridiction appartenant à un Etat membre. La décision d'irrecevabilité dans ce cas pourra-t-elle être fondée sur l'incompétence *ratione loci* de la Cour ou s'attachera-t-elle à un autre motif d'irrecevabilité ? En tous cas, cette irrecevabilité est-elle d'ordre public communautaire ?

La réponse à cette question est difficile et incertaine en raison de la rareté des arrêts de la Cour sur ce sujet. Cette question a été soulevée une seule fois devant la Cour dans l'affaire *Stewart*³⁸². En l'occurrence, la Cour a soulevé d'office la question de savoir si une juridiction appartenant à l'île de Man peut la saisir à titre préjudiciel. Elle a fait tout d'abord remarquer que cette île ne fait pas partie de l'organisation judiciaire britannique et que le traité l'exclut du champ de son application. Cependant, elle a relevé que, selon l'acte d'adhésion, les

³⁸² C.J.C.E., arrêt du 3 juillet 1991, *Department of Health and Social Security/ Christopher Stewart Barr et Montrose Holdings L.t.d*, c-355/89, *Rec.* 1991, p. 347.

compétences et les pouvoirs des institutions communautaires (y inclus la Cour de justice) sont applicables à cette île, ce qui donne à ses institutions judiciaires le droit de la saisir à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit communautaire. Ce moyen a été jugé d'ordre public, puisque la Cour l'a soulevé d'office.

Ce moyen comme celui relatif au caractère juridictionnel de la juridiction aquo peut soulever les mêmes problèmes de confusion avec la qualité à agir³⁸³, toutefois nous insistons sur le fait que ce moyen ne peut, en aucun cas, revêtir une question de qualité à agir, puisque la juridiction aquo est étrangère au droit sujet du litige. En revanche, il est également difficile d'attacher ce moyen à l'incompétence *ratione loci* de la Cour, puisqu'elle n'est pas saisie pour statuer sur le litige au principal et la compétence *ratione loci* est principalement définie par rapport aux éléments qui ressortent du dossier principal.

Pourtant, pour la Cour, ce moyen constitue incontestablement un moyen relatif à son incompétence. Elle a pris le soin de le préciser dans des termes claires dans son arrêt Stewart « Sur la compétence de la Cour. Il convient d'examiner à titre liminaire si la Deputy High Bailiff's Court, Douglas, doit être considérée comme une juridiction habilitée à interroger la Cour de justice en vertu de l'article 177 du traité, alors même que, selon le droit du Royaume-Uni, la Deputy High Bailiff's Court, Douglas (île de Man), ne fait pas partie de l'organisation judiciaire britannique »³⁸⁴.

Comment la Cour a-t-elle pu attacher ce moyen à sa compétence ? La réponse est très délicate notamment que la Cour n'a pas avancé aucune justification à cet égard. Toutefois, nous estimons que la Cour n'a fait qu'établir une relation directe entre l'existence de la juridiction aquo en dehors du territoire communautaire et sa compétence *ratione loci*. Le point de départ de son raisonnement est sans aucun doute que sa compétence préjudicielle est limitée aux questions relatives à l'application du droit communautaire qui peuvent être soulevées devant

³⁸³ Voir *supra*, p. 135.

³⁸⁴ *Id.*, § 6.

une juridiction d'un Etat membre, toute question soulevée à l'occasion d'un conflit relatif à l'application du droit communautaire devant une juridiction située en dehors du territoire communautaire ne rentre pas dans la compétence de la Cour.

Nous préférons cependant être prudent sur ce sujet. A notre avis, on ne pourra considérer que l'arrêt *Stewart* nous offre un exemple d'un moyen relatif à l'incompétence *ratione loci* de la Cour, car, il ne s'agit pas, à notre avis, d'une question de compétence, mais d'une condition de recevabilité indépendante du renvoi préjudiciel, liée aux conditions requises dans la juridiction aquo qui découlent expressément de l'article 234 du traité CE. Le rattachement de cette condition à la compétence de la Cour n'est, à notre avis, qu'un certain moyen employé par la Cour pour dominer la recevabilité de la procédure préjudicielle en bénéficiant des avantages qui découlent du caractère d'ordre public de sa compétence juridictionnelle.

§ 3. *L'incompétence liée au double degré de juridiction*

Le droit à un double degré de juridiction est un droit fondamental qui découle de l'article 14/5 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, selon lequel « *toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation conformément à la loi* ».

Le système de double degré de juridiction n'était pas connu dans l'ordre juridique communautaire avant la création du Tribunal de première instance par la décision de Conseil 591/88 CECA, CE, Euratom³⁸⁵. La création de ce Tribunal, a été décidé pour améliorer la protection juridictionnelle des justiciables *et de maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire en permettant à la Cour de concentrer*

³⁸⁵ J.O.C.E., n° L144, du 16 juin 1993, p. 21-22.

*son activité sur sa tâche essentielle*³⁸⁶. La compétence de la Cour est, depuis l'entrée en vigueur de cette décision, limitée aux seuls recours formés par un État membre ou par une institution communautaire. Tout recours formé par des personnes physiques ou morales rentre, dès lors, dans la compétence du Tribunal de première instance. Les décisions de ce dernier peuvent, en vertu de l'article 50 du statut de la Cour, être attaquées par la voie d'un pourvoi devant la Cour, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée. Les décisions qui peuvent être sujettes à un pourvoi sont celles qui mettent fin à l'instance, ainsi que celles qui tranchent partiellement le litige au fond ou qui mettent fin à un incident de procédure portant sur une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité.

La Cour de justice constitue ainsi une juridiction de deuxième degré pour le Tribunal de première instance dans les compétences qui lui sont attribuées³⁸⁷. L'incompétence de la Cour liée à la répartition de compétences avec le Tribunal de première instance vice-versa, constitue manifestement une fin de non-recevoir d'ordre public. Ainsi, saisie par une personne morale d'un recours visant à faire constater, en application de l'article 232, troisième alinéa, du traité, que la Commission s'est abstenue de prendre une décision basée sur les articles 28 et 81 du traité, la Cour a déclaré d'office que c'est le Tribunal qui était compétent pour statuer sur le recours, car il exerce, en première instance, les compétences pour les recours formés contre une institution communautaire par des personnes physiques ou morales, en vertu des articles 230, deuxième alinéa, et 232, troisième alinéa, du traité CE et concernant la mise en oeuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises³⁸⁸.

³⁸⁶ Koen Lenaerts, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activité et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *C.D.E.*, 2000, p. 353. Selon l'auteur, dans un système caractérisé par un double degré de juridiction, il conduit à une plus grande transparence et des décisions judiciaires mieux motivées (p. 359).

³⁸⁷ La décision du Conseil du 24/ 10/1988 a donné compétence au Tribunal pour connaître des litiges entre les Communautés et leur agents visés à l'article 236 du traité CE et à l'article 208 du traité CEEA. Le Tribunal est également compétent pour connaître des recours en indemnité connexés à un autre recours dont il est déjà régulièrement saisi.

³⁸⁸ C.J.C.E., ordonnance du 23 mai 1990, *Asia Motor France/Commission*, c-72/90, *Rec.* 1990, p. 2181. Voir en ce sens ordonnances du 4 juin 1991, *PTT Nederland e.a./Commission*, c-66/90, *Rec.* 1991, p. 2723, et du 3 mai 1993, *Ladbroke Racing/Commission*, c-424/92, *Rec.* 1993, p. 2213. La même opinion est partagée par certains avocats généraux (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, arrêt du 19 novembre 1998, *Rec.*, 1998, p. 7421).

Cependant, la sanction de l'incompétence du juge communautaire proposée par l'article 47 du statut de la Cour, dans ce contexte, comporte une particularité en ce qu'elle l'oblige, non pas à déclarer le recours irrecevable, mais à renvoyer l'affaire devant l'autre juridiction communautaire³⁸⁹. Cette disposition a conduit certains auteurs à soutenir qu'on ne peut pas concevoir l'existence d'une fin de non-recevoir relative à l'incompétence liée au double degré de juridiction, car le fait de renvoyer l'affaire ne constitue pas une décision d'irrecevabilité manifeste³⁹⁰. Toutefois, il est manifeste que le juge communautaire, quand il constate son incompétence dans ce contexte, le fait souvent sur la base de l'article 92, alinéa 1, du règlement de procédure relative à l'irrecevabilité manifeste³⁹¹. Ce qui implique qu'il s'agit bien d'une fin de non-recevoir relative à l'incompétence du juge communautaire.

Il faut également noter que l'article 47, alinéa 3, du statut de la Cour envisage le cas d'un conflit positif où les deux juridictions communautaires sont saisies d'affaires connexes à un titre ou un autre. « *Lorsque la Cour et le Tribunal sont saisis d'affaires ayant le même objet, soulevant la même question d'interprétation ou mettant en cause la validité du même acte, le Tribunal, après avoir entendu les parties, peut suspendre la procédure jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour. Lorsqu'il s'agit de demandes visant à l'annulation du même acte, le Tribunal peut aussi se dessaisir afin que la Cour puisse statuer sur ces demandes* ». Ainsi, le statut donne la faculté au Tribunal de se dessaisir lorsque les recours pendants devant la Cour et le Tribunal visent à l'annulation du même acte³⁹². Cette disposition ne peut être cependant, à notre avis, considérée comme d'ordre public, puisqu'il s'agit d'une simple faculté conférée

³⁸⁹ Dans le cas où c'est la Cour qui renvoie l'affaire au Tribunal de première instance, celui-ci ne saurait à son tour décliner sa compétence (Article 47/2 du statut de la Cour). De la sorte, le législateur communautaire a conféré à la Cour un certain contrôle de la compétence du Tribunal.

³⁹⁰ Jean Boulouis et Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 1997, p. 114.

³⁹¹ A titre d'exemple, dans l'affaire *Région wallonne/ Commission*, la Cour, pour annoncer qu'elle va examiner la question de sa compétence vis-à-vis du Tribunal, déclare qu'« *aux termes de l'article 92, paragraphe 1, du règlement de procédure, « Lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître d'une requête ou lorsque celle-ci est manifestement irrecevable, la Cour, l'avocat général entendu, peut, sans poursuivre la procédure, statuer par voie d'ordonnance motivée* » (C.J.C.E., ordonnance du 21 mars 1997, Région wallonne/Commission, c-95/97, *Rec.* 1997, p. 1787). Cet arrêt prouve que l'opinion de la doctrine qui soutient l'impossibilité juridique de l'existence d'une fin de non-recevoir relative à l'incompétence dans ce contexte, est erronée (Jean Boulouis, *précité*, note précédente). Cette opinion se fondait, en effet, sur le fait que l'article 92 du règlement de procédure de la Cour ne constituait pas la base juridique des décisions du juge communautaire quand il statuait sur sa compétence vis-à-vis d'autres juridictions communautaires.

³⁹² Il faut noter que le statut de la Cour ne lui confère pas la même faculté.

au Tribunal qui en décide, guidé par les opinions des parties. La jurisprudence du Tribunal ne témoigne pas une orientation contraire. Ainsi dans l'ordonnance *PTT Nederland*³⁹³, la Cour a renvoyé, pour incompetence, au Tribunal, un recours en annulation formé contre un acte communautaire par des personnes physiques. La Cour examinait en même temps un recours en annulation formé par les Pays bas contre le même acte³⁹⁴. Le Tribunal, saisi par le recours renvoyé par la Cour de justice, a préféré se dessaisir d'office en attendant la décision de la Cour sur le recours principal. Cependant, si la décision du Tribunal a été prise d'office, ceci ne signifie pas que c'est une question d'ordre public, car le Tribunal a constaté, dans son jugement, qu'il n'était pas obligé de se dessaisir et qu'il ne l'a fait que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et après l'acceptation des parties au litige. Une telle question, soumise à la volonté des parties, ne peut jamais revêtir un caractère d'ordre public.

Il faut enfin préciser que le moyen d'ordre public relatif à l'incompétence liée au double degré de compétence est un moyen qui est limité au cadre des recours en annulation, d'indemnité et de carence. Le Parlement et la Cour de justice ont refusé de transférer la procédure préjudicielle au Tribunal de première instance³⁹⁵. La décision du Conseil précisant les compétences du Tribunal, n'a également pas voulu conférer à ce dernier aucune compétence en matière du recours en manquement, compte tenu de l'importance des effets qui sont établis par celui-ci.

L'incompétence du Tribunal de première instance peut-elle être relevée d'office par la Cour de justice statuant sur pourvoi ? Cette question traduit une certaine incertitude, dans la mesure notamment où elle n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence expresse de la part de la Cour de justice. Les textes législatifs n'offrent pas non plus une solution explicite. En effet, le pouvoir de la Cour d'examiner l'incompétence du Tribunal n'a été traité que par l'article 51 du statut de la Cour, qui en fait un des moyens qui peuvent être examinés par la Cour au

³⁹³ C.J.C.E., ordonnance du 4 juin 1991, *PTT Nederland e.a./Commission*, Rec. 1991, p. 2723.

³⁹⁴ C.J.C.E., arrêt du 12 février 1992, *Pays-Bas et PTT Nederland/Commission*, Rec. 1992, p. 565.

³⁹⁵ Ulrich Everling, *L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne*, Europerecht, 1994.

niveau du pourvoi³⁹⁶. Toutefois, le caractère d'ordre public et le pouvoir du juge communautaire de soulever un tel moyen d'office n'ont pas été précisés par cette disposition.

Nous estimons cependant, que le pouvoir de la Cour de soulever l'incompétence du Tribunal à l'occasion d'un pourvoi ne peut être contesté. La circonstance que le Tribunal de première instance a statué sur une question qui aurait dû être rejetée comme étant irrecevable, ne saurait avoir pour effet de rendre la Cour compétente pour statuer sur cette question au stade du pourvoi si l'une des parties ne l'a pas soulevé devant cette dernière. Cette idée est fortement soutenue par la plupart des avocats généraux. Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *ENU*, l'avocat général Fennelly a affirmé que « *les questions relatives à sa compétence (de la Cour) sont d'ordre public et doivent être soulevées d'office. Il nous semble que ce principe s'applique aussi à la compétence de la Cour sur pourvoi* »³⁹⁷.

En principe, un moyen d'ordre public concernant la recevabilité du recours devant le Tribunal qui n'a pas été soulevé au cours de la première instance peut néanmoins être soulevé par les parties pour la première fois devant la Cour à l'occasion d'un pourvoi formé contre la décision du Tribunal³⁹⁸. Ainsi, dans l'affaire *Frioul/Vénétie Julienne*³⁹⁹, à l'occasion du pourvoi formé contre une décision du Tribunal, les parties ont considéré que ce dernier aurait dû vérifier d'office si la décision attaquée concernait individuellement les requérantes. La Cour n'a pas contesté la recevabilité de ce moyen qui a été présenté pour la première fois en

³⁹⁶ L'article 51 stipule que : « *Le pourvoi devant la Cour est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du tribunal, d'irrégularités de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante ainsi que de la violation du droit communautaire par le Tribunal* ».

³⁹⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *ENU/Commission*, arrêt du 11 mars 1997, c-357/95, *Rec.* 1997, p. 1329. Cependant, l'avocat général n'a pas bien expliqué pourquoi il étend ce principe au moyen tiré de l'incompétence du Tribunal, il semble que pour lui, toute question relative à l'incompétence juridictionnelle de la Cour est d'ordre public.

³⁹⁸ Cette règle constitue une exception au principe général selon lequel, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal (C.J.C.E., arrêt du 1er juin 1994, *Commission/Brazzelli Lualdi*, c-136/92, *Rec.* 1994, p. 1981).

³⁹⁹ C.J.C.E., arrêt du 29 avril 2004, République italienne/Commission, c-298/00, *Rec.* 2004, p.4087. Voir également, l'arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, c-166/95, *Rec.* 1997, p. 983, § 24.

pourvoi. En revanche, elle l'a examiné et a conclu à l'inexistence de toute erreur de droit du chef du Tribunal, car les requérants étaient en réalité concernés individuellement et directement par l'acte attaqué.

Si tel est le principe général pour les moyens d'ordre public, on ne voit pas pourquoi le moyen relatif à l'incompétence du Tribunal devant la Cour devrait faire exception.

On peut également soutenir que l'incompétence du Tribunal doit être considérée comme engendrant automatiquement au niveau du pourvoi celle de la Cour, ce qui confère à cette dernière, par conséquent, le droit d'examiner d'office un tel moyen comme étant une fin de non-recevoir d'ordre public relative à sa compétence au niveau du pourvoi. Ce constat vaut pour tout type d'incompétence pouvant affecter la décision du Tribunal. Tel est le cas quand le Tribunal méconnaît les limites de sa compétence et statue sur un recours dont l'objet ne rentre pas dans la compétence juridictionnelle communautaire en général, comme par exemple lorsqu'il tranche une question de droit international ou de droit national. La Cour, à l'occasion d'un pourvoi formé contre une telle décision, est tenue de se déclarer incompétente d'office, car elle ne pourrait pas trancher un pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal, puisque l'examen des griefs du pourvoi nécessiterait certainement l'examen par la Cour du litige au principal alors qu'il n'entre pas à l'origine dans sa compétence. Ce moyen est sans aucun doute d'ordre public, car il touche à la compétence *ratione materiae* de la Cour de justice.

Supposons également que le Tribunal ait été saisi d'un litige qui ne rentre pas dans sa compétence, mais dans celle de la Cour ; cependant, par ignorance des limites de sa compétence, il a examiné l'affaire et a rendu un jugement qui fait le sujet d'un pourvoi devant la Cour. Dans une telle hypothèse⁴⁰⁰, l'incompétence de la Cour au niveau du pourvoi est certaine et doit être soulevée d'office. En effet, la Cour n'est compétente que pour statuer sur les pourvois formés contre les arrêts du Tribunal, jugés dans les limites de sa compétence.

⁴⁰⁰ Même si ce cas ne peut se réaliser au niveau pratique, car l'une des premières questions que le juge de première instance cherche à trancher est de savoir si le requérant est une institution communautaire ou une personne morale afin de déterminer s'il est compétent pour connaître du recours ou non.

Tout arrêt rendu par le Tribunal dans une matière qui relève de la compétence de la Cour ne pourra être considérée comme une décision susceptible de pourvoi.

CHAPITRE II

LES MOYENS RELATIFS A LA PERSONNE DU REQUERANT

L'action est le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs intérêts légitimes⁴⁰¹. L'ouverture de l'action est cependant soumise à certaines conditions tenant à la personne de ces requérants qui vont conditionner sa recevabilité. Dans la plupart des droits des Etats membres, ces conditions sont au nombre de quatre : le requérant doit avoir tout d'abord la capacité d'ester en justice ; il faut également l'existence d'un acte affectant sa situation juridique ; il doit ensuite avoir qualité pour présenter sa requête ; et, enfin, posséder un intérêt à agir.

En droit communautaire, le traité CE, par ses articles 230 et 241, d'une part, et par son article 235, d'autre part, a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions en le confiant au juge communautaire⁴⁰². L'exercice de ces voies de recours par le plaideur en justice est manifestement soumis à des conditions d'exercice. Cependant, le droit communautaire n'impose des restrictions, à ce niveau-là, qu'à l'égard des personnes physiques et morales. Les institutions communautaires, les Etats membres par le rôle dont ils sont chargés dans l'exercice du droit communautaire, sont exemptés de prouver leur qualité ou intérêt à agir pour tenter un recours devant le juge communautaire. Ils jouissent d'un droit d'agir absolu⁴⁰³. Leur qualité de requérant privilégié leur permet ainsi de bénéficier d'une présomption

⁴⁰¹ J. Vincent, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1976, p. 33.

⁴⁰² C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, Les Verts/Parlement, c-294/83, *Rec.* 1986, p. 1339, § 23.

⁴⁰³ Il faut constater que ce droit n'est reconnu qu'aux Etats membres. Ainsi une collectivité publique d'un Etat membre ne pourrait jouir de cette présomption irréfragable (C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 2001, Nederlandse Antillen/Conseil, c-452/98, *Rec.* 2001, p. 8973). Au niveau des institutions du droit communautaire, ce droit n'est pas reconnu qu'au Conseil et à la Commission d'une manière absolue. En vertu de l'article 230, § 3 CE, le droit d'agir de la B.C.E et de la Cour des comptes n'est pas absolu, que dans le cas où ils défendent leurs prérogatives et ne se fondent que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci.

*irréfragable d'intérêt et de qualité à agir*⁴⁰⁴. Cette exemption a été déduite par la Cour comme une énonciation tacite du texte de l'article 230 du traité CE, qui consacre dans son alinéa 2 le droit des Etats membres et des institutions communautaires de former un recours en annulation sans condition, mais limite ce droit pour les personnes physiques dans l'alinéa 3⁴⁰⁵. L'exception est générale, elle n'est pas limitée à la mise en oeuvre de l'article 230, mais elle est applicable à toute sorte d'action devant le juge communautaire⁴⁰⁶. Elle est, également, non seulement reconnue lors de la formation du recours, mais à toute forme d'intervention devant le juge communautaire. Ainsi, en vertu de l'article 40 du statut CE, les institutions et les Etats membres ont le droit de se présenter dans tout litige comme partie intervenante, contrairement à toute autre personne qui doit prouver un intérêt à agir et être tout d'abord partie au litige au principal. Le même droit est reconnu à ces requérants privilégiés, en matière de pourvoi devant la Cour. Les institutions communautaires et les Etats membres ne sont pas tenus, en vertu de l'article 56 du statut de la Cour et contrairement aux personnes physiques et morales, d'être intervenus devant le Tribunal de première instance pour être recevables à intenter un pourvoi contre la décision de ce dernier⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 2001, *Nederlandse Antillen/Conseil*, c-452/98, *Rec.* 2001, p. 8973.

⁴⁰⁵ Plus précisément, la Cour a dit que « *il suffit de constater que l'article 173 (devenu 230) du traité fait une distinction nette entre le droit de recours des institutions communautaires et des Etats membres, d'une part, et celui des personnes physiques et morales, de l'autre, l'alinéa 1 de cet article ouvrant à la Commission et à tout Etat membre le droit de contester, par un recours en annulation, la légalité de tout règlement du Conseil, sans que l'exercice de ce droit soit conditionné par la justification d'un intérêt à agir* » (C.J.C.E., arrêt du 26 mars 1987, *Communautés européennes/Conseil*, c-45/86, *Rec.* 1987, p. 1493. § 3).

⁴⁰⁶ Ainsi, en matière de recours en manquement, la Cour a décidé que « *l'introduction d'un recours en manquement, en vertu de l'article 169 du traité (devenu 226), ne nécessite pas que la Commission ait un intérêt spécifique à agir. L'article 169 (devenu 226) ne vise pas en effet, à protéger les droits propres de la Commission, mais sa mise en œuvre constitue l'un des moyens par lesquels celle-ci veille à l'application par les Etats membres des dispositions du traité et des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci* » (arrêt du 10 mai 1995, *Commission/Allemagne*, *Rec.* 1995, p. 1097, § 16).

⁴⁰⁷ Ce privilège a été, cependant, contesté par certains avocat généraux en dehors du cadre des affaires relatives aux plaintes des fonctionnaires et plus particulièrement en matière de pourvoi: « *Le droit d'introduire un pourvoi dans les litiges de fonctionnaires ne saurait être considéré comme une exception, en tant que telle d'interprétation stricte, à un principe général reconnaissant un droit de pourvoi illimité aux institutions et aux Etats membres. L'économie de la réglementation pertinente va plutôt dans le sens de l'existence d'un principe général tout différent, par rapport auquel le droit de pourvoi illimité des institutions et des Etats membres, en dehors des affaires de fonctionnaires, constituerait l'exception. En effet, l'article 49, deuxième alinéa, (devenu 56) du statut de la Cour établit en principe que seules les parties principales et les intervenants qui ont été directement affectés par l'arrêt du Tribunal peuvent introduire un pourvoi. Même le droit de pourvoi reconnu par cette disposition aux institutions et aux Etats membres qui, bien que parties intervenantes, ne sont pas directement affectés par l'arrêt, constitue en quelque sorte une anomalie dans cette réglementation. L'abandon à l'article 49, troisième alinéa, (devenu 56) du statut de la Cour de la condition selon laquelle il faut avoir été partie intervenante en première instance, va encore plus loin en ce sens. Ce «double privilège», pour reprendre les termes employés par les parties demandereses en première instance, est à son tour limité par l'exception*

Soumettre la recevabilité du recours à des conditions tenant à la personne du requérant ne peut être ainsi imposé qu'à l'égard des personnes physiques et morales agissant devant le juge communautaire⁴⁰⁸. Ces conditions ont été développées dans l'article 230, alinéa 4, du traité : *« Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement »*.

Il est clair que l'article 230, § 4, du traité CE n'a pas développé une distinction précise entre les différents éléments du droit d'agir en justice à l'image de celle qui existe en droit interne des Etats membres. Cependant, le juge communautaire distingue entre la capacité, la qualité et l'intérêt à agir. Cette distinction n'est pas uniquement théorique, puisque, pour chaque condition du droit d'agir, le juge communautaire consacre une fin de non-recevoir particulière. Il a été ajouté à ces trois éléments du droit d'agir, un quatrième, qui est relatif à l'exigence d'un acte faisant grief au requérant. Cette condition de recevabilité a été manifestement considérée comme un développement du droit d'agir du requérant.

Ces différents éléments qui sont déduits de l'article 230, alinéa 4, CE, sont-ils tous d'ordre public ? Dans l'affirmative, chacun de ces éléments est-il un moyen indépendant d'ordre public ou bien certaines interférences peuvent-elles exister avec les autres éléments du droit d'agir ? C'est à ces questions qu'on voudrait apporter une réponse dans ce chapitre, en analysant indépendamment chaque élément du droit d'agir d'après la jurisprudence communautaire.

prévue pour les affaires de fonctionnaires ». (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Conseil /Busacca e.a.*, arrêt du 5 octobre 2000, c-434/98, *Rec.* 2000, p. 8577).

⁴⁰⁸ La banque centrale européenne et la Cour des comptes restent soumises en vertu de l'article 234 § 3 à cette condition en dehors du cadre de la sauvegarde de leurs prérogatives.

Il convient cependant de faire remarquer que l'étude de ces moyens sera limitée aux recours directs du contentieux communautaire⁴⁰⁹. Le moyen relatif au défaut du droit d'agir du requérant ne peut être invoqué dans le cadre d'une procédure préjudicielle devant la Cour de justice. Cette procédure n'est pas une procédure contentieuse tendant à trancher un différend, mais institue une procédure spéciale destinée, en vue d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire par une coopération entre la Cour et les juridictions nationales, à permettre à celles-ci de solliciter l'interprétation des textes communautaires qu'elles appliqueront aux litiges dont elles sont saisies⁴¹⁰. En d'autres termes, c'est une procédure de juge à juge, les parties au litige devant le juge national, à l'exception de leur droit de présenter des observations, ne peuvent intervenir dans cette procédure⁴¹¹. Ainsi, c'est au juge national qu'il incombe de veiller à l'existence du droit d'agir des requérants, qu'il contrôlera en vertu des règles de procédures nationales en vigueur⁴¹².

Nous examinerons donc les moyens relatifs à la personne des requérant selon l'ordre suivi par le juge communautaire. Celui-ci commence toujours par l'examen de la capacité à agir (Section 1). En deuxième lieu, c'est le tour de vérifier l'existence d'un acte faisant grief au requérant (Section 2). Enfin, il examine si le requérant fait foi d'une qualité (Section 3) et d'un intérêt à agir (Section 4).

⁴⁰⁹ Le recours en manquement, par sa nature, ne pourrait constituer un domaine d'application de ce moyen, car c'est un recours qui ne peut être formé que par la Commission qui, comme on vient d'expliquer, n'est soumise à aucune condition de recevabilité.

⁴¹⁰ C.J.C.E., ordonnance du 3 juin /1964, Costa/E.N.E.L, c-6/64, *Rec.* 1964, p. 1194.

⁴¹¹ En effet, il est constant que si une partie au litige soulève devant la Cour de justice une question qui n'a pas figuré dans l'ordonnance de renvoi, elle serait manifestement irrecevable pour des motifs d'incompétence : « *aux termes de l'article 177 du traité (devenu 234) il appartient au juge national et non aux parties au litige principal de saisir la Cour* » (C.J.C.E., arrêt du 24 mars 1993, CIRFS e.a./Commission, c-313/90, *Rec.* 1993, p. 1125). La Cour a également décidé que même une modification de la substance des questions préjudicielles serait incompatible avec l'article 234 du traité CE (arrêt du 9 décembre 1965, Hessische Knappschaft/Singer et Fils, c-44/65, *Rec.* 1965, p. 1191).

⁴¹² C.J.C.E., arrêt du 13 mai 1981, International Chemical Corporation/Amministrazione delle finanze dello Stato, c-66/80, *Rec.* 1981, p. 1191.

SECTION 1. LE DÉFAUT DE CAPACITÉ

La capacité d'ester en justice signifie traditionnellement qu'une personne physique ou morale est habilitée, en vertu du droit, à exercer et à faire valoir ses droits. La notion de la capacité à agir en droit communautaire n'a pas été clairement développée, mais elle découle certainement de la première phrase du texte de l'article 230 CE, alinéa 4 : « Toute personne physique ou morale peut former.... ». La question de savoir si le requérant est apte à se prévaloir de ses droits devant la juridiction communautaire est fonction des caractéristiques juridiques objectives, telles qu'elles ressortent en règle générale du droit communautaire⁴¹³. Il ne fait aucun doute que le contenu de la notion s'apprécie en vertu du droit communautaire lorsqu'il s'agit d'une entité du droit communautaire⁴¹⁴. La question relative aux entités du droit interne des Etats membres pourrait apparaître un peu complexe, en ce que leur système juridique est déterminé, en principe, par leur propre droit interne. Cependant, la Cour s'est résolue à faire de la notion de capacité à agir de ces entités, une notion communautaire, même si elle peut recourir parfois au droit national pour déterminer leur capacité.

Le juge communautaire a donc affirmé, à plusieurs reprises, que la notion de « personne morale » figurant à l'article 230, alinéa 2, du traité CE ne coïncide pas nécessairement avec celle propre aux différents ordres juridiques des Etats membres⁴¹⁵. Une entité qui n'est pas reconnue comme une personne juridique par un Etat membre peut être, cependant, recevable à intenter un recours devant la Cour. Tel est par exemple le cas de l'affaire *Groupement des Agences de voyage*⁴¹⁶. Dans cette affaire, la Cour a reconnu à une association occasionnelle auquel son droit interne ne reconnaissait pas la personnalité juridique, le droit d'intenter un recours en annulation contre un acte communautaire. La Cour a reconnu cette capacité d'ester

⁴¹³ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Gibraltar/Conseil*, arrêt du 29 juin 1993, c-298/89, *Rec.*, 1993, p. 3605.

⁴¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens/Commission*, c-18/74, *Rec.* 1974, p. 933.

⁴¹⁵ T.P.I., arrêt du 10 juillet 1996, *Weber/Commission*, t-482/93, *Rec.* 1996, p.II-609.

⁴¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 28 octobre 1982, *Groupement des agences des voyages/Commission*, c-135/81, *Rec.* 1982, p. 3799.

en justice à la requérante en soulignant que si la Commission avait accepté sa participation à un appel d'offre qu'elle avait lancé, il n'était pas possible ensuite de contester sa capacité⁴¹⁷. Suivant la même jurisprudence, la Cour a permis à des syndicats sans personnalité juridique d'ester en justice communautaire, lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts collectifs de leurs membres⁴¹⁸.

Cependant, parce que cette capacité est principalement basée sur des critères de droit interne, notamment lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit national, on remarque une tendance générale du juge communautaire à se contenter de l'appréciation donnée par le droit interne de l'Etat duquel cette personne est originaire. Tel est l'exemple de l'arrêt *Svenska*, par lequel le Tribunal a constaté la capacité de l'Union suédoise des journalistes en se référant directement à la loi suédoise « *Svenska Journalistförbundet étant une personne morale dotée par le droit suédois de la capacité d'agir, le Conseil ne peut donc à ce titre invoquer l'irrecevabilité du recours* »⁴¹⁹.

S'il est manifeste que les arrêts rendus sur cette question sont très rares, il ressort de la jurisprudence communautaire que la capacité d'agir est une condition de recevabilité distincte de l'intérêt ou de la qualité pour agir. En dépit des erreurs dans lesquelles se sont fourvoyés ses avocats généraux⁴²⁰, la Cour n'a jamais développé cette question sous une autre forme⁴²¹.

⁴¹⁷ Pour un autre exemple, concernant le syndicat des personnels des organismes européens, voir l'affaire *Syndicat général du personnel des organismes européens/Commission*, arrêt du 8 octobre 1974, c-18/74, *Rec.* 1974, p. 933.

⁴¹⁸ C.J.C.E., ordonnance du 19 septembre 2001, *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa et autres/Conseil de l'Union européenne*, t-54/00 et t-73/00, *Rec.* 2001, p. II-02691.

⁴¹⁹ T.P.I., arrêt du 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet/Conseil*, t-174/95, *Rec.* 1998, p. II-2289. En ce qui concerne la capacité juridique des personnes physiques, la détermination du contenu de cette notion en droit communautaire reste opaque du fait que la contestation de cette qualité n'a été jamais soulevée devant la Cour. La jurisprudence communautaire ne comporte aucun cas d'application de cette fin de non-recevoir à l'égard d'une personne physique. Cependant, lors d'une éventuelle contestation de cette capacité, nous pensons que cette notion, comme le cas de la notion de la personne morale, doit être déterminée en vertu des caractéristiques telles qu'elles ressortent du droit interne, mais sans que le droit communautaire et le droit interne en tirent obligatoirement les mêmes conséquences, car il s'agit d'une condition de recevabilité des recours communautaires.

⁴²⁰ On remarque qu'une grande partie des avocats généraux opère de graves confusions entre la capacité à agir et les autres éléments du droit d'agir. Certains avocats généraux étudient cette question comme étant un

Il ne fait par ailleurs aucun doute que le défaut de capacité d'ester en justice est un moyen d'ordre public que le juge peut opposer d'office à l'égard de toute sorte d'action introduite devant lui. Ce constat est déduit principalement de l'ordonnance *Lasalle*.⁴²² En l'occurrence, il s'agissait d'une requête en intervention présentée par le comité de personnel du Parlement européen. La Cour a relevé d'office que ce comité n'est qu'un organe interne du Parlement qui ne possède pas une personnalité juridique distincte de ce dernier et que les manifestations de volonté dudit comité ne sont destinées à produire des effets qu'à l'intérieur de l'institution, ce qui ne lui confère pas de capacité pour ester en justice communautaire.

On remarque pourtant une réticence particulière de la part du juge communautaire à examiner d'office de cette question. Dans presque tous les arrêts où la capacité à agir des requérants a été examinée par le juge communautaire, ce n'était que sur demande de la partie défenderesse. Le juge communautaire ne s'y attarde pas tant que la capacité des requérants n'a pas été contestée⁴²³. Si nous ne saluons pas cette attitude de la Cour, car il s'agit d'un élément essentiel de la recevabilité du recours, nous pourrions attribuer la cause de cette réticence au cadre national dans lequel cette question est généralement définie. Le fait que le juge communautaire doive recourir, pour apprécier cette capacité, à des éléments du droit national peut le décourager d'effectuer ce travail chaque fois qu'il est saisi d'un recours, en se

développement relatif à l'intérêt à agir : « le requérant ne disposerait pas de la capacité pour agir : il ne justifierait pas, en effet, d'un intérêt direct et personnel à engager un tel recours » (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *The Liberal Democrats/Parlement*, arrêt du 10 juin 1993, c-41/92, *Rec.* 1993, p. 3153). D'autres ont confondu la capacité avec la qualité à agir : « 1) La qualité pour agir de la défenderesse sous 1 : En application de l'article 9.1 du contrat, le contrat est soumis au droit allemand. En conséquence, la question de la capacité d'agir en justice de la défenderesse sous 1 doit être appréciée selon le droit allemand... » (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Oder-Plan Architektur e.a.*, arrêt du 11 octobre 2001, c-77/99, *Rec.* 2001, p. 7355). Les requérants peuvent également commettre de telle erreur. Ainsi, dans l'affaire *Gestevisión Telecinco/Commission*, la Commission a confondu la capacité et la qualité à agir, dans le cadre du recours en carence, en faisant valoir que la capacité d'agir en justice au titre de l'article 232 du traité est plus limitée que la capacité d'agir au titre de l'article 230 du traité. Seul le destinataire potentiel d'un acte aurait la capacité de former un recours conformément à l'article 232 du traité, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce (T.P.I., arrêt du 15 septembre 1998, t-95/96, *Rec.* 1998, p. II-3407).

⁴²¹ Voir plus précisément, T.P.I., arrêt du 10 juillet 1996, *Weber/Commission*, t-482/93, *Rec.* 1996, p. II-609, et arrêt *Gestevisión Telecinco/Commission*, t-95/96, *précité*.

⁴²² C.J.C.E., ordonnance du 14 novembre 1963, *Lasalle/Parlement*, c-15/63, *Rec.* 1964, p. 97.

⁴²³ À l'exception de l'arrêt *Freistaat Sachsen e.a./Commission* qui fait l'objet d'un examen exprès par le Tribunal de la capacité à agir des requérants (arrêt du 15 décembre 1999, c-132/96, *Rec.* 1999, p. II-3663).

contentant de l'appréciation donnée par le droit national et tant que celle-ci n' a pas été contestée devant lui.

Plus particulièrement, le juge communautaire semble être très réservé à l'égard d'une déclaration d'irrecevabilité pour motif d'incapacité d'agir. Sur la totalité des rares cas où il a examiné cette fin de non-recevoir, il n'a pas déclaré un seul recours irrecevable, soit en examinant cette question d'office, soit en l'examinant à la demande des parties. Le seul cas d'irrecevabilité qui a été enregistré concernait une requête en intervention et non un recours⁴²⁴. D'ailleurs, on peut remarquer que le juge communautaire ne s'est opposé, dans cette affaire, à l'examen de la recevabilité de l'intervention qu'en raison de son attitude restrictive à l'égard de la recevabilité d'une requête en intervention, ce qu'il n'a pas essayé de cacher dans son arrêt : « *attendu qu'il n'y a pas lieu d'estimer que les auteurs des traités C.E.E et C.E.E.A. aient voulu élargir les possibilités d'intervention au point d'admettre celle d'entités dépourvues de la personnalité juridique* »⁴²⁵.

On peut donc conclure que si la condition de capacité à agir constitue une fin de non-recevoir d'ordre public la forte réticence du juge communautaire à s'y opposer d'office est manifeste. Le juge n'examine cette question que sur demande de la partie défenderesse ou s'il existe un autre intérêt associé à cette condition qui peut le porter à s'y opposer d'office. Il arrive même au juge, afin d'éviter que le recours soit déclaré irrecevable, de rectifier d'office une erreur dans la requête relative à la capacité juridique du requérant, pour lui permettre d'ester en justice. Ainsi, dans l'affaire *Picasso*, le Tribunal, après avoir constaté que la requérante, une succession d'une indivision successorale, n'avait pas présenté la preuve qu'elle était une personne juridique, a considéré que le recours avait été introduit par les indivisaires qui, en tant que personnes physiques, ne sont pas obligés de présenter la preuve de leur personnalité juridique⁴²⁶.

⁴²⁴ *Id.*

⁴²⁵ *Ibid*, p. 100.

⁴²⁶ T.P.I, arrêt du 22 juin 2004, Claude Ruiz-Picasso et autres/Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, t-185/02, *Rec.* 2004, *non publié*. Dans plusieurs affaires, lorsque le juge communautaire déduit à partir de

SECTION 2. L'ABSENCE D'UN ACTE FAISANT GRIEF

Il ressort d'une jurisprudence constante que seuls peuvent être attaqués par une personne physique ou morale, en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, CE, les actes produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique⁴²⁷. Cette condition de recevabilité a été élaborée par la Cour dans le cadre du contentieux de la fonction publique comme découlant de l'application de l'article 91 du statut des fonctionnaires européens⁴²⁸. Ensuite, la Cour l'a rendu généralement applicable dans le cadre des autres recours du contentieux communautaire, en la considérant comme implicitement énoncée par les textes du traité CE lorsqu'ils excluent du contrôle du juge communautaire les recommandations et les avis⁴²⁹.

Cette condition de recevabilité constitue sans conteste une condition du droit d'agir du requérant qui s'apprécie par rapport à sa personne et non en vertu de l'acte. Un acte n'est pas recevable en justice s'il se limite à produire des effets juridiques généraux ; il doit également être susceptible de porter atteinte aux intérêts individuels du requérant⁴³⁰. La Cour applique

l'examen du dossier que le requérant n'est pas une personne morale au sens du droit communautaire, il déclare cependant le recours recevable si le mandat de l'avocat représentant du requérant est signé au nom propre des représentants de la personne morale (T.P.I., arrêt du 10 juillet 1996, *Weber/Commission*, t-482/93, *Rec.* 1996, p. II-609).

⁴²⁷ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, *IBM/Commission*, c-60/81, *Rec.* 1981, p. 2639. Voir également arrêts du Tribunal du 18 mai 1994, *BEUC et NCC/Commission*, t-37/92, *Rec.* 1994, p. II-285, et du 18 décembre 1997, *ATM/Commission*, t-178/94, *Rec.* 1997, p. II-2529. Voir pour les décisions ayant un caractère négatif, T.P.I., arrêt du 28 octobre /1993, *Zunis Holding e.a./Commission*, t-83/92, *Rec.* 1993, p. II-1169. Pour une communication de la Commission qui ne conférait pas elle-même un droit, mais reconnaissait seulement dans un cas précis un droit conféré par un règlement, voir C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1962, *Hoogovens NV/Haute Autorité*, c-14/61, *Rec.* 1962, p. 485. Pour les actes internationaux qui peuvent constituer des actes attaquables, voir T.P.I., arrêt du 19 février 1998, *DIR International Film e.a./Commission*, t-369/94, *Rec.* 1998, p. II-357. Pour les décisions confirmatives, voir T.P.I., arrêt du 16 septembre 1998, *Waterleiding Maatschappij "Noord-West Brabant"/ Commission*, t-188/95, *Rec.* 1998, p. II-3713.

⁴²⁸ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Kley/Commission*, arrêt du 27 juin 1973, c-35/72, *Rec.* 1973, p. 679.

⁴²⁹ Jean Boulouis, Marco Darmon, *précité*, p. 182.

⁴³⁰ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Cimenteries e.a./Commission*, arrêt du 15 mars 1967, c-8/66 et 11/66, *Rec.* 1967, p. 93, sp. p. 131.

cette condition de recevabilité afin d'éviter que ne soient déclarés recevables les recours dirigés contre des décisions qui n'ont modifié en aucune façon la situation juridique des requérants. C'est donc un critère de recevabilité subjectif qui ne s'apprécie pas simplement au regard des effets juridiques que l'acte produit d'une manière abstraite. Quand le juge communautaire examine cette fin de non-recevoir, il le fait non seulement en examinant l'acte litigieux, mais en étudiant la relation qui unit ce dernier à la personne du requérant. On ne pourra pas donc, sans méconnaître sa nature, classer autrement le moyen relatif à l'absence de l'acte faisant grief⁴³¹.

Ce constat est bien confirmé par le fait que, lorsque le juge s'oppose à l'examen de cette condition de recevabilité, il ne s'attache pas à la forme de la décision ou de l'acte attaqué, mais plutôt à leur substance⁴³². La forme dans laquelle des actes ou des décisions sont pris est, en principe, indifférente en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par une voie de recours. Le juge communautaire ne doit pas déclarer le recours immédiatement irrecevable dans le cas où l'acte attaqué ne revêt pas une forme des actes prévus dans l'article 230, alinéa 1, CE. Il cherche à savoir si cet acte produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique. Il a été ainsi jugé que lorsqu'il s'agit d'un acte dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, ne constitue un acte attaquant que la mesure qui fixe définitivement la position du Conseil ou de la Commission aux termes de cette procédure. Il n'en serait autrement que si des actes ou

⁴³¹ Lorsque cette condition s'apprécie d'une manière objective, c'est-à-dire en observant uniquement les effets juridiques produits par l'acte litigieux généralement, elle ne sera attachée qu'à la compétence du juge communautaire. C'est le cas notamment des mesures préparatoires ou des actes qui n'émanent pas de l'institution en sa qualité d'institution communautaire (C.J.C.E., arrêts du 5 décembre 1963, *Usines Emile Henricot e.a./Haute Autorité*, c-23/63 et 52/63, *Rec.* 1963, p. 441, et du 15 mars 1975, *Fruit- en Groentenimporthandel et Frubo/Commission*, c-71/74, *Rec.* 1975, p. 563), ou d'un rapport d'étude établi par une firme privée à la demande de la Commission (C.J.C.E., ordonnance du 3 mai 1979, *Buttner/Commission*, c-51/79, c-51/79, *Rec.* 1979, p. 1727). Dans tous ces cas, la Cour n'avait pas examiné la relation entre le requérant et la décision pour la recevabilité du recours : elle s'est arrêtée aux effets juridiques que l'acte produit généralement, afin de vérifier si l'acte litigieux rentrait dans sa compétence limitée au contrôle des actes émanant des institutions communautaires (René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 57). Cependant, ces deux conceptions de cette fin de non-recevoir semblent parfois confondues par le juge communautaire. Tel est le cas de l'affaire *B/Parlement*, lorsque la Cour se déclara incompétente pour statuer sur un recours formé contre une notification à un fonctionnaire du projet de décision que l'autorité compétente se proposait de prendre : « *il en résulte clairement qu'étant dirigé contre un acte purement préparatoire que le requérant n'a aucun intérêt à attaquer. Le recours est manifestement irrecevable et la Cour est manifestement incompétente pour en connaître* » (C.J.C.E., ordonnance du 9 juin 1980, *B./Parlement*, c-123/80, *Rec.* 1980, p. 1789).

⁴³² C.J.C.E., ordonnance du 17 mai 1989, *Italie/Commission*, c-151/88, *Rec.* 1989, p. 1255.

décisions pris au cours de la procédure préparatoire, constituaient eux-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à la Commission ou au Conseil de statuer sur le fond⁴³³.

Le juge communautaire considère l'absence d'un acte faisant grief comme un moyen d'ordre public qu'il doit soulever d'office⁴³⁴. Dans l'affaire *Groupe des droites européennes*, la Cour l'a constaté expressément en déclarant d'office irrecevable le recours en annulation contre une décision du Parlement par laquelle était constituée une commission d'enquête sur la montée du racisme. La Cour a souligné que cette décision relève de l'ordre interne du Parlement et qu'elle n'est pas de nature à produire des effets juridiques à l'égard de tiers⁴³⁵.

Toutefois, l'analyste attentif des arrêts de la jurisprudence communautaire remarquera certainement que cette condition de recevabilité est parfois attachée à l'examen de l'intérêt à agir, ce qui peut susciter doutes sur sa qualité autonome comme condition de recevabilité des recours. Le juge communautaire établit manifestement une relation entre l'absence de l'acte faisant grief et le défaut d'intérêt à agir. Ainsi, dans l'affaire *Schmitz- Gotha*, un recours a été formé contre une décision de la Commission approuvant une aide à la privatisation et à la restructuration de certaines entreprises de l'ex-République démocratique allemande opérant dans différents secteurs économiques. Devant la Cour, la défenderesse avait excipé de l'irrecevabilité du recours en ce que le requérant ne disposait pas d'un intérêt à agir, l'acte en cause ne le visant pas d'une façon particulière. La Cour de justice a souligné que l'acte litigieux adressé à la République fédérale d'Allemagne n'affectait pas d'une manière caractérisée la situation juridique du requérant. Elle en a, ensuite, déduit, qu'il n'existait pas d'intérêt à agir dans le chef du requérant : « *Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la*

⁴³³ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, c-60/81, *Rec.* 1981, p. 2639.

⁴³⁴ C.J.C.E., arrêt du 17 juillet 1959, Phoenix-Rheinrohr AG/Haute Autorité, c-20/58, *Rec.* 1959, p. 163. Voir également T.P.I., ordonnance du 11 mai 1992, Edward P. Whitehead/Commission, t-34/91, *Rec.* 1992, p. II-1723, § 19. Voir pour le même principe dans le cadre du contentieux de la fonction publique ; C.J.C.E., ordonnance du 11 décembre 1986, Benoît Suiss/Commission, c-25/86, *Rec.* 1986, p. 3929, § 5.

⁴³⁵ C.J.C.E., ordonnance du 4 juin 1986, Groupe des droites européennes/Parlement européen, c-78/85, *Rec.* 1986, p. 1753, § 11.

*décision attaquée n'est pas un acte faisant grief à la requérante et que celle-ci n'a donc pas d'intérêt à en demander l'annulation »*⁴³⁶.

Cette jurisprudence a amené certains auteurs à considérer que cette condition de recevabilité n'est qu'une autre forme de l'intérêt à agir, mais au sens strict⁴³⁷. À notre avis, cette jurisprudence ne peut aboutir à ce constat. En effet, l'intérêt à agir ne se résume pas à l'existence d'un acte faisant grief. Si l'exigence d'un acte faisant grief est en quelque sorte une extension de l'exigence d'un intérêt à agir en tant que la concrétisation matérielle de cette notion⁴³⁸, le juge communautaire différencie cependant ces deux moyens. Dans l'exemple de l'affaire *Schmitz* ou même dans les autres cas qui témoignent de la même attitude du juge communautaire, on peut constater que l'on a invoqué devant le juge communautaire uniquement un moyen relatif au défaut d'intérêt à agir. Cependant, l'absence d'un acte faisant grief n'a pas été invoquée sous la forme d'un moyen indépendant du défaut d'intérêt à agir, mais il a été allégué pour contester l'intérêt à agir du requérant puisque, un acte, ne faisant pas grief à son destinataire, ne pourrait être attaqué par ce dernier faute d'intérêt à agir⁴³⁹.

La jurisprudence communautaire confirme clairement cette distinction. Dans l'affaire *Postbank*⁴⁴⁰, le Tribunal était saisi d'un recours en annulation introduit contre une lettre par laquelle la Commission avait levé l'interdiction, formulée lors de la transmission d'une

⁴³⁶ T.P.I., ordonnance du 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commission*, t-167/01, *Rec.* 2003, p. 1873. Dans un autre exemple, concernant le recours en annulation d'une association contre une décision de la Commission classant sa plainte relative à l'existence d'une aide d'Etat en faveur d'une entreprise tierce, le Tribunal a décidé que l'acte n'affecte pas la situation juridique de la requérante et que par conséquent, elle n'a pas d'intérêt à agir (T.P.I., arrêt du 18 décembre 1997, *ATM/Commission*, t-178/94, *Rec.* 1997, p. II-2529).

⁴³⁷ Margerite Canedo, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *R.T.D.E.*, 2000, p. 450-480, sp. p. 280. Voir en ce sens Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, 643, et Philippe Manin, *Les Communautés européennes. L'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Pédone, 1998, n°769.

⁴³⁸ Charles Debbasch et Jean-claude Ricci, *Contentieux administratif*, précité, p. 255.

⁴³⁹ S'il est constant que le défaut d'intérêt à agir peut être présumé directement de l'absence d'un acte faisant grief, toute fois, l'existence d'un acte faisant grief n'implique pas nécessairement l'existence d'un intérêt à agir dans le chef du requérant, ce qui prouve que ces deux moyens restent toujours distincts.

⁴⁴⁰ T.P.I., arrêt du 18 septembre 1996, *Postbank/Commission*, c-353/94, *Rec.* 1996, p. II-921.

communication des griefs à des entreprises participant, sans être formellement plaignantes, à une procédure devant la Commission, d'utiliser ce document dans le cadre de procédures judiciaires nationales. Le Tribunal a tout d'abord examiné si l'acte attaqué constituait un acte faisant grief au requérant et a constaté qu'il s'agissait d'un acte de caractère décisoire. Il a, ensuite, entamé un examen distinct, consistant à rechercher l'intérêt à agir dans le chef du requérant. *« Ce troisième moyen d'irrecevabilité, tiré de l'absence d'intérêt à agir de la requérante, est manifestement privé de fondement. En effet, la production de la communication des griefs dans le cadre d'une procédure nationale, dans laquelle Postbank n'est pas partie, entraîne la transmission d'informations, le cas échéant confidentielles, au même titre que la production du même document dans une procédure nationale dans laquelle la requérante est partie. De ce fait, la circonstance que Postbank n'est pas partie dans une des deux procédures nationales susvisées n'a aucune pertinence en ce qui concerne l'intérêt à agir de la requérante. Il s'ensuit que le troisième moyen d'irrecevabilité doit être rejeté »*⁴⁴¹.

Parfois, l'ordre de l'examen s'inverse, mais le juge communautaire apprécie toujours cette condition indépendamment de l'intérêt à agir. Ainsi, dans l'affaire *Reinarz*⁴⁴², le requérant demandait l'annulation du rejet implicite de sa réclamation tendant à faire constater son droit à une indemnité de réinstallation égale à quatre fois son dernier traitement de base. Devant la Cour, la Commission soulève une exception d'irrecevabilité fondée en premier lieu sur le défaut d'intérêt du requérant à agir, attendu qu'il n'avait pas été encore réinstallé et en deuxième lieu sur le fait que l'acte attaqué n'était qu'une lettre du directeur du personnel se bornant à fournir au requérant de simples renseignements administratifs concernant le contenu d'une décision purement éventuelle, ce qui n'aurait pas constituer un acte faisant grief. La Cour a examiné les deux aspects du droit d'agir indépendamment, mais dans l'ordre présenté par le requérant. Un : *« La date effective pour le calcul du montant de l'indemnité de réinstallation est celle du jour de la cessation définitive des fonctions ; que si le fonctionnaire ne devait faire valoir ses droits qu'après sa réinstallation effective, il pourrait se trouver dans l'incertitude en ce qui concerne sa situation financière ; que, lors de sa demande de cessation définitive de ses fonctions, un fonctionnaire a par conséquent un intérêt à solliciter une*

⁴⁴¹ *Id.*, § 42.

⁴⁴² C.J.C.E., arrêt du 11 juillet 1974, *Reinarz/Commission*, c-177/73, *Rec.* 1974, p. 819.

décision définitive quant au montant de l'indemnité de réinstallation ». Deux : « seuls peuvent être considérés comme faisant grief les actes susceptibles d'affecter directement la situation juridique déterminée (...) le requérant ayant quitté le service le 1er mai 1973, en rejetant ses prétentions ; que la décision du directeur général du 10 mai 1973 visait, dès lors, à fixer les droits que le requérant tenait d'une situation juridique déterminée ; que, dans ces circonstances, la décision contenue dans la lettre du 10 mai 1973, du fait d'avoir rejeté la demande du requérant du 30 mars 1973, constituait un acte faisant grief au sens de l'article 90, 2, du statut des fonctionnaires »⁴⁴³.

Le moyen relatif à l'inexistence d'un acte faisant grief est donc sans aucun doute un moyen d'ordre public indépendant des autres moyens qui découlent de l'article 230 du traité CE. Le fait qu'il soit souvent lié à l'examen de l'intérêt à agir n'affecte pas son autonomie. Dans ces différents cas, il n'est pas examiné comme un moyen indépendant, mais comme un élément de preuve de l'inexistence d'un intérêt à agir dans le chef du requérant.

SECTION 3. LE DÉFAUT DE QUALITÉ POUR AGIR

§ 1^{er}. Une notion distincte de l'intérêt à agir en droit communautaire

Il ne suffit pas pour agir de se prévaloir d'une capacité à agir, il faut encore avoir qualité. La qualité à agir incarne traditionnellement la relation entre le droit contesté et la personne du requérant. Elle est généralement reconnue comme l'aptitude pour le sujet de droit à saisir la justice dans une situation concrète donnée⁴⁴⁴. Elle peut être entendue dans un sens large comme étant le titre au nom duquel le requérant agit. Cependant, la plupart des auteurs s'accordent à lui conférer une portée très étroite et la présentent comme un aspect de l'intérêt à

⁴⁴³ *Id.*, § 10-11.

⁴⁴⁴ J. Vincent, *Encyclopédie Dalloz, Procédure civiles*, V° « Action », Paris, Dalloz, 1955, p. 45.

agir. Selon cette doctrine, la qualité d'agir est la condition par laquelle on exige du requérant que son intérêt soit personnel et direct⁴⁴⁵.

La qualité à agir comme condition de recevabilité du recours communautaire découle directement de l'article 230, alinéa 4, du traité CE, même si ce dernier ne qualifie pas expressément la condition de recevabilité qu'il prescrit. On rappelle que cette article exige que, pour être recevable à intenter un recours devant la juridiction communautaire, le requérant soit le destinataire de l'acte litigieux ou être concerné individuellement et directement par l'acte attaqué⁴⁴⁶. Cette dernière condition a été interprétée par la Cour comme étant exigeant de la personne du requérant qu'il soit atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou en raison d'une situation de fait, qui le caractérise par rapport à toute autre personne⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ J. Vincent, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1976, p. 43.

⁴⁴⁶ Ainsi, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas attaquer directement des actes communautaires de portée générale, elles n'auront d'autres possibilités que de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente, devant le juge communautaire en vertu de l'article 241 du traité, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie des questions préjudicielles, ce qui a été contesté par la doctrine en tant qu'une protection juridictionnelle non-heureuse des justiciables privés (Voir en ce sens Wael Broeck et A.-M. Verheyden, « Les conditions de recevabilité », *C.D.E.*, 1995, p. 435 ; R. Kovar et A. Barav, « Variations nouvelles sur un thème ancien : les conditions du recours en annulation dans les Communautés européenne », *C.D.E.*, 1976, p. 73-109, sp. p. 104 ; P. Nihoul, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *R.T.D.E.*, 1994, p. 188-193 ; G. Rasquin et R.-M. Chevalier, « L'article 173 alinéa 2 du traité CEE », *R.T.D.E.*, 1966, p. 37 ; S. Néri, « Le recours en annulation dans les Communautés européennes », *R.M.C.*, 1967, p. 457, 458). Toutefois, le projet de la constitution apporte une modification importante dans ce contexte. L'article III-365 supprime la condition d'être concerné individuellement pour les recours en annulation à l'encontre des actes réglementaires qui ne comportent pas des mesures d'exécution (Sean Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 631).

⁴⁴⁷ C.J.C.E., arrêts du 1 avril 1965, Sgarata, c-40/64, *Rec.* 1965, p. 171, et du 13 mai 1971, International Fruit Company e.a./Commission, c-41/70, *Rec.* 1971, p. 411. Etre concerné individuellement et directement sont, selon la Cour, deux conditions cumulables. Dans l'affaire *Glucoseries*, la Cour a bien précisé que la non-satisfaction de l'une de ces deux conditions l'oblige à déclarer le recours irrecevable : « il y a lieu de déclarer que le présent recours est irrecevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de savoir si la décision attaquée du fait qu'elle présuppose pour son application un acte ultérieur éventuel d'un Etat membre, peut concerner directement la requérante (C.J.C.E., arrêt du 2 juillet 1964, *Glucoseries réunies/Commission*, c-1/64, *Rec.* 1964, p. 813, sp. p. 824).

Toutefois, la majorité de la doctrine de droit communautaire considère que l'article 230, alinéa 4, pose une condition d'intérêt à agir et non pas de qualité. Cet article constitue, selon cette doctrine, une confirmation formelle de l'intérêt à agir⁴⁴⁸. Le droit communautaire ne développerait pas une condition autonome de qualité à agir à moins que ce soit une notion limitée à l'examen du titre du requérant. La condition de recevabilité dégagée de l'article 230, alinéa 4 est pour la majorité de la doctrine un aspect de l'intérêt à agir qui n'en est pas indépendant⁴⁴⁹.

Cette doctrine s'est développée en l'absence de précisions de la part du juge communautaire qui, dans la plupart des cas, se contente de faire application du texte de l'article 230, alinéa 4, sans qualifier la nature de la condition de recevabilité qui en découle. Il lui arrive même parfois d'employer des termes généraux qui ne désignent pas particulièrement une certaine condition de recevabilité. Le terme le plus souvent employé est le « droit d'agir » : « *dès lors, le droit d'agir des requérantes dépend de la question de savoir si elles sont concernées directement et individuellement par ces décisions* »⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Philippe Manin, *Les Communautés européennes. L'Union européenne*, Paris, A. Pédone, 1998, n° 768. Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, précité, p. 654, Jacques Pertek, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, précité, p. 555. Cette opinion est également partagée par plusieurs avocats généraux, et par P. Nihoul, précité, p. 173. Voir notamment les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Extramet Industrie/Conseil*, arrêt du 16 mai 1991, c-358/89, *Rec.* 1991, p. 2508, § 10 et dans l'affaire *Syndicat général du personnel des organismes européens/Commission*, c-18/74, arrêt du 8 octobre 1974, *Rec.* 1974, p. 933. Il faut quand même souligner que certains auteurs ont préféré éviter de qualifier ou de chercher la nature de cette condition de recevabilité. Voir par exemple Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 4^e éme, Gualino, Paris, 2003, p. 529-533, et René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 70 ; Marc Pittie, « Chronique contentieux communautaire », *J.T.D.E.*, 2000, p. 183.

⁴⁴⁹ Toutefois cette condition n'est pas requise dans le chef des institutions communautaires, y compris la B.C.E. et la Cour des comptes. Ces deux dernières, même si elles ne peuvent former que des recours qui tendent à la sauvegarde de leurs prérogatives, mais il s'agit de la limitation de leur droit d'agir en général à un certain domaine et non de leur qualité à agir.

⁴⁵⁰ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1969, *Società "Eridania" Zuccherifici Nazionali et autres/Commission*, affaires jointes 10 et 18-68, *Rec.* 1994, p. 459, § 5. Voir également C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC)/Commission*, affaires jointes 68/94 et 30/95, *Rec.* 1998, p. 1375.

Nous estimons, pour notre part, que la condition qui découle de l'article 230, alinéa 4, pose une condition de qualité des personnes pour agir en justice et non d'intérêt à agir⁴⁵¹. Une condition entendue dans le sens du pouvoir de se prévaloir du droit invoqué.

L'exigence d'un intérêt à agir a été mise en œuvre par la Cour en s'inspirant des droits des Etats membres et sans qu'elle découle de l'application de l'article 230, alinéa 4, du traité CE. Il est vrai que la distinction entre les deux notions, dans le cadre de l'application de l'article 230, alinéa, 4 semble parfois ambiguë, car la notion de qualité y est entendue de façon très étroite qui n'est qu'une forme de l'exigence d'un intérêt individuel et direct : « *l'examen de l'intérêt à agir se fonde (...) dans celui de l'intérêt individuel* »⁴⁵².

Cependant, on aurait tort de confondre ces deux notions qui s'inspirent de préoccupations différentes : l'intérêt représente l'utilité de l'action pour le requérant alors que la qualité est une condition de titre en général, qui est identifiée à l'intérêt individuel et direct dans le cas des non-destinataires de l'acte⁴⁵³. Comme l'a bien affirmé Paul Cassia, « *à la différence de la qualité à agir, la notion communautaire d'intérêt à agir se détermine par référence à une situation purement factuelle (...) la qualité individuelle pour agir s'analyse alors par la prise en considération d'éléments juridiques antérieurs à l'adoption de l'acte attaqué, en amont de cet acte* »⁴⁵⁴.

La qualification de l'article 230, alinéa 4 comme imposant une condition de qualité à agir est, à notre avis, adoptée par le juge communautaire. Cette appréciation ne découle pas d'une

⁴⁵¹ Voir pour la doctrine qui soutient cette idée, S. Néri, « Le recours en annulation dans les Communautés européennes », *précité*, p. 456, et Paul Cassia, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, § 511.

⁴⁵² Emmanuel Coulon et Steven Cras, « Contentieux de la légalité dans le domaine des aides des Etats : les récentes évolutions dans les applications des articles 173 et 175 CE », *C.D.E.*, 1999, p. 61-158, sp. p. 79, tiré de Paul Cassia, *précité*, § 507.

⁴⁵³ Pierre Rouard, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, , Bruxelles, Bruylant, 1979, T. I., p. 168.

⁴⁵⁴ Paul Cassia, *précité*, § 523.

affirmation expresse du juge communautaire, mais de l'analyse du vocabulaire employé par ce dernier. En examinant cette condition de recevabilité, il arrive, dans des cas relativement rares, que le juge communautaire emploie des termes désignant clairement que le moyen qui découle de l'article 230, alinéa 4, CE comme un moyen relatif à la qualité pour agir des plaideurs. Ainsi, dans l'affaire *Comité international de fibres*, la Cour, en concluant que le requérant n'était pas concerné individuellement ni directement, a précisé que « *S'agissant d'un seul et même recours, il n'y a pas lieu d'examiner la qualité pour agir des autres requérantes* »⁴⁵⁵. Également, dans l'affaire *Arnaud*, la Cour, pour exprimer que le requérant était concerné individuellement, a bien précisé « *que l'acte attaqué ne concerne les requérants qu'en leur qualité objective de pêcheurs de thon blanc* »⁴⁵⁶.

Il est également manifeste que le juge communautaire, au moment de l'examen de la recevabilité des recours communautaire, dissocie l'intérêt à agir et la condition découlant de l'article 230, alinéa 4, quelle que soit l'appellation qu'on puisse lui accorder. Il arrive souvent qu'après avoir constaté que le recours est recevable dans le chef du requérant individuellement et directement concerné de la décision litigieuse, que le juge déclare le recours irrecevable faute d'intérêt d'agir⁴⁵⁷. Dans l'affaire *Société pour l'exportation des sucres*⁴⁵⁸, était en cause un règlement de la Commission qui supprimait le droit d'annulation des certificats d'exportation de sucre. La Cour a commencé par examiner l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission, en vertu de laquelle cette dernière prétendait que les requérants n'étaient pas individuellement et directement concernés. La Cour a ainsi considéré que les opérateurs étaient individualisés par la circonstance qu'il avaient obtenu pour le produit en cause des fixations à l'avance dans ces certificats et que « la disposition concerne donc les personnes physiques ou morales visées en raison d'une situation de fait qui

⁴⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 24 mars 1993, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques et autres/Commission*, c-313/90, *Rec.* 1995, p. 1125, § 31.

⁴⁵⁶ C.J.C.E., ordonnance du 24 mai 1993, *Thierry Arnaud et autres/Conseil*, c-131/92, *Rec.* 1972, p. 25, § 17. Voir également arrêt du 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Conseil*, c-16/62, *Rec.* 1962, p. 901.

⁴⁵⁷ Voir pour un autre exemple de la distinction expresse entre les deux éléments du droit d'agir, T.P.I., ordonnance du 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commission*, t-167/01, *Rec.* 2003, p. 1873, et arrêt de la Cour du 6 mars 1979, *Simmenthal/Commission*, c-92/78, *Rec.* 1979, p. 777.

⁴⁵⁸ C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1977, *Exportation des sucres/Commission*, c-88/76, *Rec.* 1977, p. 709.

les caractérise par rapport à tout autre personne et les individualise d'une manière comparable à celle d'un destinataire ; dès lors, le recours est, à cet égard, recevable »⁴⁵⁹. Toutefois, la Cour examina ensuite l'intérêt à agir de la requérante et conclut à son inexistence faute d'application de l'acte en cause aux demandes d'annulation présentées par la requérantes ; « dans ces circonstances, le recours est, à défaut d'intérêt de la requérante, irrecevable »⁴⁶⁰.

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de qualité pour agir

Sans vouloir entrer dans des discussions qui ne relèvent pas de notre sujet, il faut constater qu'en tout état de cause, la condition de recevabilité auquel renvoie l'article 230, alinéa 4, du traité CE est d'ordre public : « *Aux termes de l'article 113 du règlement de procédure, le tribunal peut à tout moment examiner, même d'office, les fins de non-recevoir d'ordre public, au rang desquelles figurent, selon une jurisprudence constante, les conditions de recevabilité d'un recours fixées par l'article 230, quatrième alinéa, CE* »⁴⁶¹.

Le défaut de qualité pour agir peut être soulevé d'office par le juge communautaire. Il peut être également soulevé par les parties pour la première fois en pourvoi⁴⁶². Les règles relatives à la qualité pour agir sont impératives, et ne se prêtent à aucune application par analogie. Ainsi, dans l'affaire *Antilles néerlandaises*⁴⁶³, les requérantes (les Antilles), afin de défendre leur qualité pour agir, ont soutenu que par analogie avec la situation du Parlement européen, elles avaient un droit à agir en annulation « lorsque leur recours vise à protéger les prérogatives qui leur ont été reconnues par le traité ». Cependant, la Cour jugé que la qualité

⁴⁵⁹ *Id.*, § 11.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 19.

⁴⁶¹ T.P.I., arrêt du 28 mars 2001, Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets/Commission, t-144/99, *Rec.* p. 1087, § 30. Voir également arrêt de la Cour, du 11 juillet 1990, Neotype Technasheport/Commission et Conseil, c-305/86 et c-160/87, *Rec.* 1990, p. 2945.

⁴⁶² C.J.C.E., ordonnance du 5 juillet 2001, Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission, c-341/00, *Rec.* 2001, p. 5263.

⁴⁶³ C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 2001, Nederlandse Antillen/Conseil, c-452/98, *Rec.* 2001, p. 8973.

des requérantes pour agir ne pouvait, en l'espèce, être examinée qu'en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, du traité et qu'aucune analogie avec la situation du Parlement ne pourrait être établie afin de leur reconnaître qualité pour agir.

Le pouvoir du juge communautaire de constater d'office le défaut de qualité pour agir des requérants a un champ d'application très large. Le juge communautaire n'a pas limité l'application de la condition découlant de l'article 230, alinéa 4 au cadre du recours en annulation. Il l'applique dans le cadre de tous les recours du contentieux communautaire, à l'exception évidemment du recours en manquement dans lequel la Commission, seule autorisée à présenter un tel recours, n'est pas tenue de prouver sa qualité pour agir. Ainsi, dans l'ordonnance *Emrich*, il a déclaré d'office irrecevable un recours en carence qui avait pour objet de faire constater que la Commission, en n'engageant pas contre la République fédérale d'Allemagne une procédure en constatation de manquement, s'est abstenue de statuer. La Cour a relevé pour droit que dans le cadre de cette procédure, les seuls actes que la Commission peut être amenée à prendre sont adressés aux États membres. La requérante sollicitait donc l'adoption d'un acte qui ne la concernait ni directement ou individuellement⁴⁶⁴. Le même principe est établi dans le cadre du recours en indemnité : la qualité pour agir est d'ordre public ; le recours n'est donc recevable que s'il a été formé par la victime du dommage⁴⁶⁵. Enfin, l'exception d'illégalité n'est pas soustraite à cette règle, il est indispensable que l'acte dont l'illégalité est excipée concerne individuellement et directement la partie qui a invoqué l'exception⁴⁶⁶. Toutefois, le caractère d'ordre public de ce moyen n'est pas claire en cette matière, mais on ne trouve pas de raison qui peut justifier de le distinguer par rapport aux autres formes d'action.

⁴⁶⁴ C.J.C.E., ordonnance du 7 novembre 1990, *Emrich/Commission*, c-247/90, *Rec.* 1990, p. 3913. En effet, dans le cadre du recours en carence, le juge communautaire ne limite pas le droit d'introduire un tel recours aux destinataires de la décision que l'institution a manqué de leur adresser, mais ouvre également le recours à toute personne concernée directement et individuellement par cet acte (arrêt du 16 février 1993, c-107/91, *Rec.* 1993, p. 599. Voir dans le même sens, T.P.I., arrêt du 15 septembre 1998, *Gestevisión Telecinco/Commission*, t-95/96, *Rec.* 1998, p. II-3407).

⁴⁶⁵ C.J.C.E., arrêt du 18 mars 1975, *Union syndicale/ Conseil* c-72/74, *Rec.* 1975, p. 401.

⁴⁶⁶ C.J.C.E., Arrêt de la Cour du 18 mars 1980, *SpA Ferriera Valsabbia / Commission*, affaires jointes 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79, *Rec.* 1980, p. 907.

Le juge communautaire peut également rejeter d'office comme irrecevable un pourvoi formé par des personnes n'ayant pas qualité pour agir. Un arrêt constatant l'irrecevabilité d'un pourvoi ne pourra reposer sur l'article 230, alinéa 4, mais plutôt sur l'article 56/2⁴⁶⁷ du statut en vertu duquel seules les parties ayant partiellement ou totalement succombé aux conclusions de l'arrêt de première instance ont qualité pour introduire un pourvoi. Dans ce contexte, le sens de la qualité à agir est compris comme le titre au nom duquel le requérant prétend agir. Ceci n'affecte pas le caractère d'ordre public de cette disposition. Le défaut de qualité à agir pour former un pourvoi est considéré comme un moyen d'ordre public que la Cour ne saurait écarter pour aucune raison, même prétorienne⁴⁶⁸.

La rigueur de ce moyen d'ordre public est très manifeste. Une fois, le moyen invoqué ou soulevé d'office par le juge, le juge doit, s'il s'avère fondé, déclarer le recours irrecevable sans s'arrêter à l'examen de l'existence de raisons impérieuses qui s'opposeraient à l'irrecevabilité du recours. Ainsi, dans l'affaire *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa*⁴⁶⁹, la Cour a considéré que le fait que le requérant puisse se trouver dans l'impossibilité de contester la validité de l'acte communautaire litigieux à l'occasion d'une procédure ouverte devant une juridiction nationale, ne pourrait l'empêcher de déclarer le recours irrecevable faute de qualité à agir, même si, en statuant de la sorte, elle heurte le principe de la protection juridictionnelle effective et l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *en ce qui concerne l'argument liminaire avancé par les requérants, tiré de l'impossibilité de soumettre la validité du règlement (...) à l'appréciation de la Cour autrement que par un recours direct en annulation, il convient de souligner que cette circonstance, à supposer qu'elle soit établie, ne saurait autoriser une modification du système des voies de recours et des procédures établi par les articles 230 CE, 234 CE et 235 CE et destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions. En aucun cas, elle ne permet de déclarer recevable un*

⁴⁶⁷ En effet, cet article et l'article 230, alinéa 4, du traité CE constituent les seules sources de la condition de qualité pour agir en droit communautaire.

⁴⁶⁸ C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 2000, Conseil /Busacca e.a., c-434/98, *Rec.* 2000, p. 8577.

⁴⁶⁹ C.J.C.E., ordonnance du 12 octobre 2000, Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e.a./Conseil, c-300/00, *Rec.* 2000, p. 8797.

recours en annulation formé par une personne physique ou morale qui ne satisfait pas aux conditions posées par l'article 230, quatrième alinéa, CE »^{470 471}.

Dans la même ligne, la Cour a refusé de déclarer recevable un recours en annulation, fondé sur le défaut de consultation du Parlement avant l'adoption de l'acte litigieux, recours qui avait été introduit par une personne qui n'ayant pas qualité pour agir. Elle a rejeté la prétention du requérant qui alléguait que la gravité de l'atteinte portée par le Conseil au fonctionnement démocratique des institutions devait amener la Cour à accepter le recours : « *Le critère qui subordonne la recevabilité d'un recours introduit par une personne physique ou morale contre une décision d'une institution communautaire dont elle n'est pas le destinataire à la condition qu'elle soit directement et individuellement concernée par cette décision, fixé à l'article 230, quatrième alinéa, CE, constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que les juridictions communautaires peuvent à tout moment examiner, même d'office. La gravité du prétendu manquement de l'institution concernée ou l'importance de l'atteinte qui en découlerait quant au respect des droits fondamentaux ne permettraient pas, en tout état de cause, d'écarter l'application des critères de recevabilité fixés expressément par le traité* »⁴⁷².

⁴⁷⁰ *Ibid*, § 37. La Cour a également souligné, dans cette affaire, que s'il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit par une protection juridictionnelle effective, le défaut d'établir un tel système ne peut pas en aucun cas avoir pour effet d'atténuer la condition prévue par l'article 230, alinéa 4 du traité CE. Selon la Cour, un tel régime exigerait, dans chaque cas concret, que le juge communautaire examine et interprète le droit procédural national, ce qui excéderait sa compétence dans le cadre du contrôle de la légalité des actes communautaires.

⁴⁷¹ Dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, la Cour a également décidé que « *selon le système de contrôle de la légalité mis en place par le traité, une personne physique ou morale ne peut former un recours contre un règlement que si elle est concernée non seulement directement mais également individuellement. S'il est vrai que cette dernière condition doit être interprétée à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective en tenant compte des diverses circonstances qui sont de nature à individualiser un requérant, une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité, sans excéder les compétences attribuées par celui-ci aux juridictions communautaires* » (C.J.C.E., arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, c-50/00, *Rec.* 2002, p. 6677)

⁴⁷² C.J.C.E., ordonnance du 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission*, c-341/00, *Rec.* 2001, p. 5263. Voir également ordonnance du Tribunal du 12 juillet 2000, *Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission*, t-45/00, *Rec.* 2000, p. II-2927.

SECTION 4. L'ABSENCE D'INTÉRÊT

§ 1^{er}. Une condition de recevabilité essentielle

Il est traditionnellement reconnu que toute revendication d'un droit quelconque doit être justifiée par un intérêt personnel. Selon le vieux brocard : « pas d'intérêt, pas d'action ». Les tribunaux ne sont pas institués pour procurer aux plaideurs de simples consultations⁴⁷³. La notion d'intérêt exprime cette relation entre le demandeur et le litige⁴⁷⁴. Le nombre de personnes qui peuvent être parties à une instance est limité à celles qui peuvent se trouver dans une situation juridique caractérisée par rapport au droit contesté.

On soulignera néanmoins que, dans le cadre des contentieux administratifs nationaux auquel s'apparente le contentieux communautaire, l'exigence d'un intérêt à agir repose sur un principe plus particulier, en vertu duquel la sécurité juridique exige que les institutions administratives poursuivent leur travail à l'abri des attaques injustifiées, afin que la loi s'applique normalement⁴⁷⁵. C'est la condition de recevabilité la plus fréquente dans tous les ordres juridiques des Etats membres : elle tend à prévenir l'existence d'une action populaire qui risque de perturber l'activité administrative.

Au niveau communautaire, les développements consacrés à cette notion sont très réduits. Les principaux articles traitant de la recevabilité des recours ne mentionnent pas la notion d'intérêt à agir (article 230 CE, 146 CEEA). L'intérêt à agir n'a été exigé expressément par le droit

⁴⁷³J. Vincent, *Encyclopédie Dalloz, Procédure civiles*, V° « action », T. I, Paris, Dalloz, 1955, p. 40. Voir également E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, T.I., Paris, Larose, 1898, p. 497.

⁴⁷⁴Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, précité, p. 241.

⁴⁷⁵ Le fait que l'autorité de la chose jugée et les délais de recours pourraient participer à remédier cette insécurité juridique en limitant ses effets dans le temps et dans la matière, ne peut affecter le caractère essentiel de l'exigence d'intérêt à agir (David Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Publication de l'Université de Rouen, 2002, p. 89).

communautaire que pour la recevabilité de l'intervention devant la Cour : « *Les États membres et les institutions de la Communauté peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour. Le même droit appartient à toute autre personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige soumis à la Cour* »⁴⁷⁶.

A lire ces textes, il pourrait sembler que les auteurs du traité aient négligé intentionnellement de prescrire l'intérêt à agir comme une condition de recevabilité de recours. Ceci n'a pas empêché la Cour d'imposer cette condition de recevabilité aux plaideurs. Il est constant qu'un recours formé par des personnes physiques ou morales agissant contre les décisions des institutions communautaires, n'est pas recevable devant le juge communautaire si ces requérants ne font foi d'un intérêt à agir⁴⁷⁷. Cet intérêt doit être né et actuel : un intérêt futur ne peut être pris en considération⁴⁷⁸. L'intérêt à agir a été ainsi constitué par la Cour en condition autonome de recevabilité des recours en droit communautaire. Il tend à être une condition essentielle, si pas la condition exclusive, de recevabilité du recours, vérifiée systématiquement par le juge communautaire⁴⁷⁹. Il a été considéré expressément comme la condition première de tout recours en justice communautaire⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Article 40 du statut de la Cour de justice. Selon Paul Cassia, cette condition découle de l'article 230, alinéa 4, CE quand il exige la nécessité pour le requérant d'être « concerné » (Paul Cassia, *précité*, § 508). Pour notre part, nous estimons que l'exigence de l'intérêt à agir a été mise en œuvre par la Cour en s'inspirant des droits des États membres et qu'elle ne découle pas de l'application de l'article 230, alinéa, 4, CE. Le terme « concerné », de l'article 230, alinéa, 4, CE, ne peut désigner une condition de recevabilité autonome. Il est, en effet, introduit pour caractériser la situation juridique des personnes qui ne sont pas des destinataires de l'acte communautaire par rapport au litige.

⁴⁷⁷ « *il convient d'observer que, d'après une jurisprudence constante, tout recours doit reposer sur un intérêt à agir de la partie requérante* » (C.J.C.E., ordonnance du 24 septembre 1987, Androniki Vlachou/Cour des comptes, c-134/87, *Rec.* 1987, p. 3633, § 8).

⁴⁷⁸ C.J.C.E., arrêt 21 janvier 1987, Strogili/Cour des comptes, c-204/85, *Rec.* 1987, p. 389 ; T.P.I., arrêt du 17 septembre 1992, NBV et NVB/Commission, t-138/89, *Rec.* 1992, p. II-2181. L'intérêt s'apprécie au jour où le recours est formé (C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1963, Forges de Clabecq/Haute Autorité, c-14/63, *Rec.* 1963, p. 719, sp. p. 748).

⁴⁷⁹ Margerite Canedo, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *précité*, p. 280.

⁴⁸⁰ T.P.I., ordonnance du 30 avril 2003, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commission, t-167/01, *Rec.* 2003, p. II-1873.

Cette condition de recevabilité n'est pas seulement observée au niveau de la recevabilité des recours, mais elle est également exigée pour la recevabilité de tout moyen invoqué par les plaideurs devant le juge. Un moyen ne peut être invoqué par un requérant dont l'intérêt à agir pour le recours au principal n'est pas contesté, s'il ne prouve en quoi l'annulation basée sur ce moyen pouvait lui faire grief. Tel est le cas par exemple de l'invocation de certaines conditions de formes non substantielles⁴⁸¹.

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'absence d'intérêt

D'après une jurisprudence constante, l'inexistence d'un intérêt à agir dans le chef d'un plaideur qui agit contre un acte communautaire est considérée comme un moyen d'ordre public, tant pour intenter un litige que pour y intervenir⁴⁸². Toutefois, s'il incombe au juge de soulever cette question d'office, c'est au requérant de prouver son intérêt à agir⁴⁸³.

Le pouvoir du juge communautaire de soulever d'office le défaut d'intérêt à agir du requérant n'est pas limité au moment de l'introduction de la requête : il en jouit à n'importe quel moment de l'instance. En effet, l'intérêt à agir n'est pas seulement une condition qui doit exister au moment de l'introduction du recours, mais il doit accompagner le requérant tout au long de la procédure jusqu'au jugement final. Ainsi, le fait que des événements soient intervenus au cours de la procédure, avec comme résultat l'extinction de l'intérêt à agir du requérant, oblige le juge à décider immédiatement l'irrecevabilité du recours⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Voir en ce sens arrêts de la Cour du 16 octobre 1975, *Deboeck/Commission*, c-90/74, *Rec.* 1975, p. 1123, et du 4 décembre 1980, *Geeraerd/Commission*, c-782/78, *Rec.* 1980, p. 3651.

⁴⁸² C.J.C.E., ordonnance du 7 octobre 1987, *G. d. M./Conseil et Comité économique et social*, c-108/86. *Rec.* 1987, p. 3933. Dans cet arrêt, la Cour a soulevé d'office le défaut d'intérêt à agir d'un fonctionnaire attaché à la Commission. Elle a constaté que cette dernière avait donné raison à la requérante sous tous les aspects de sa réclamation, de sorte qu'elle ne justifie d'aucun intérêt à agir en annulation contre l'acte litigieux (Voir en ce sens C.J.C.E., ordonnance du 24 septembre 1987, *Androniki Vlachou/Cour*, c-134/87, *Rec.* 1987, p. 3633).

⁴⁸³ T.P.I., ordonnance du 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH/Commission*, t-167/01, *Rec.* 2003, p. 1873.

⁴⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1980, *Simmenthal/Commission*, c-243/78, *Rec.* 1980, p. 593. Cependant, dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général contestait cette idée. Il estimait que des événements survenus

Le juge communautaire peut également relever d'office l'absence d'un intérêt dans le chef de la personne ayant formé le pourvoi. Celui qui introduit le pourvoi doit prouver qu'il lui rapportera un certain bénéfice⁴⁸⁵. Le défaut de cet intérêt à agir est sans aucun doute un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office tout au long de la procédure pendante devant la Cour : « *La Cour peut soulever d'office le défaut d'intérêt d'une partie à introduire ou à poursuivre un pourvoi, en raison d'un fait postérieur à l'arrêt du Tribunal de nature à enlever à celui-ci son caractère préjudiciable pour le demandeur au pourvoi, et déclarer le pourvoi irrecevable ou sans objet pour ce motif* »⁴⁸⁶.

Bien que cette condition semble plutôt inhérente à la recevabilité du recours en annulation, ceci n'empêche pas de constater que le juge communautaire constate le défaut d'intérêt à agir des personnes physiques ou morales quel que soit le type de recours dont il est saisi. Ainsi, dans l'affaire *Gesellschaft für Getreidehandel*, dans le cadre d'une demande en interprétation d'arrêts, la Cour a relevé d'office que la demande du requérant était irrecevable faute d'intérêt à agir, car il n'était pas partie à l'arrêt qui était l'objet de sa requête⁴⁸⁷.

Dans le cadre du recours en indemnité, le pouvoir du juge de soulever d'office de telle question n'est pas contesté, même s'il n'existe que de très rares arrêts rendus en la matière⁴⁸⁸. En revanche, dans le cadre du recours en carence, la question n'est pas tout à fait claire. Il est difficile de déterminer si le juge communautaire fait de cette notion une condition de

ultérieurement au cours de la procédure judiciaire ne peuvent rien changer à la recevabilité ; ils peuvent seulement, à la rigueur, rendre le recours sans objet ou faire naître une situation dans laquelle il n'y a raisonnablement plus lieu de poursuivre la procédure (*Rec.* 1980, p. 593).

⁴⁸⁵ Ainsi, il y a un intérêt du Parlement européen à agir en pourvoi, si l'annulation de l'arrêt du Tribunal est susceptible de mettre le Parlement définitivement à l'abri de toute demande d'indemnité formulée (C.J.C.E., arrêt du 13 juillet 2000, *Parlement/Richard*, c-174/99, *Rec.* 2000, p. 6189).

⁴⁸⁶ C.J.C.E., ordonnance du 21 mars 2002, *DLD Trading Company Import-Export*, c-447/01, *Rec.* 2002, p. 2117.

⁴⁸⁷ C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1973, *Gesellschaft für Getreidehandel/Commission*, c-24/66 bis, *Rec.* 1973, p. 1599.

⁴⁸⁸ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1967, *Kampffmeyer e.a./Commission*, c-5/66, *Rec.* 1967, p. 317, et T.P.I., arrêt du 9 janvier 1996, *Blanchard/Commission*, t-368/94, *Rec.* 1996, p. II-41. Voir également T.P.I., arrêt du 30 septembre 1998, *Coldiretti/Conseil et Commission*, t-149/96, *Rec.* 1998, p. II-3841.

recevabilité autonome du recours. En vertu de l'article 232 du traité CE, la seule condition requise pour former un recours en carence est que le requérant soit le destinataire d'un acte qu'une institution communautaire s'était abstenue de lui adresser. L'article 232 ne développe pas, en effet, une condition d'intérêt à agir indépendante de la qualité ; la jurisprudence communautaire, non plus. La transposition par le juge communautaire des conditions de recevabilité du recours en annulation au recours en carence s'est limitée à élargir la notion du destinataire à des personnes qui sont directement et individuellement concernées par l'acte que l'institution devait accomplir⁴⁸⁹. L'intérêt à agir semble être intégré, dans le cadre du recours en carence, à la qualité pour agir. Etant donné la nature particulière du recours en carence, il suffit d'être le destinataire de l'acte manqué pour être présumé disposer d'un intérêt : c'est une sorte de qualité conférant un intérêt à agir.

Le moyen d'ordre public relatif à l'intérêt à agir ne pourrait être donc invoqué dans le cadre du recours en carence. Pourtant, il est arrivé que la Cour soulève d'office un moyen tiré du défaut d'intérêt à agir des requérants. Ce cas concerne, très particulièrement, la situation où, après l'introduction du recours, l'institution accusée de la carence adopte l'acte objet du conflit. Le moyen ainsi soulevé est-il vraiment relatif au défaut d'intérêt à agir ? L'affaire principale qui témoigne de cette jurisprudence est l'affaire *Société Saint Michel*⁴⁹⁰. Dans cette affaire, relativement ancienne, les requérants avaient introduit un recours tendant à faire constater la carence de la Haute autorité du fait qu'elle n'avait pas retiré sa demande de communication des factures concernant l'énergie électrique utilisée par les requérants. La Cour s'est opposée d'office à la recevabilité du recours en constatant que la Haute Autorité avait réellement répondu par une lettre officielle aux demandes du requérant, ce qui le privait d'intérêt à agir même s'il prétendait que la lettre qui lui avait été adressée par la Haute Autorité ne lui a pas donné raison, car, selon la Cour, un recours en carence n'est admissible

⁴⁸⁹ Voir notamment, les arrêts de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, c-25/62, *Rec.* 1963, p. 197, et du 14 juillet 1983, *Spijker/Commission*, c-231/82, *Rec.* 1983, p. 2559, et du 2 février 1988, *Van der Kooy e.a./Commission*, c-67/85, 68/85 et 70/85, *Rec.* 1983, p. 219.

⁴⁹⁰ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1962, *San Michele e.a./Haute Autorité*, c-5/62, *Rec.* 1962, p. 859.

que si l'institution concernée n'a pris aucune décision dans la matière visée par les injonctions des intéressés et non nécessairement une décision positive à l'égard du requérant⁴⁹¹.

A notre avis, la fin de non-recevoir qui a été opposée au requérant dans cette affaire n'est pas, en dépit de son appellation, une fin de non-recevoir relative au défaut d'intérêt à agir. Un recours en carence a pour objet principal de condamner la carence d'une institution d'adresser une décision à une personne physique ou morale. Si cette institution a pris position sur la demande du requérant avant la présentation de sa requête ou ultérieurement, le recours est réputé être sans objet, car la carence de l'institution, objet du recours, n'existe plus. Il s'agit donc plutôt d'une fin de non-recevoir relative à l'extinction de l'objet du litige. Une telle fin de non-recevoir est d'ordre public, ce qui justifie que la Cour l'ait soulevé d'office dans le cas d'espèce.

La notion d'objet du recours est une notion bien différente de l'intérêt à agir, même s'il existe certaine interférence qui peut engendrer une confusion entre les deux conditions de recevabilité⁴⁹². L'objet est la fin qu'une demande en justice tend à réaliser⁴⁹³. C'est une question qui doit être examinée préalablement à l'intérêt à agir et qui est relative à l'existence

⁴⁹¹ La Cour a décidé que « *dans ces conditions, les requérants n'avaient aucun intérêt légitime à faire censurer une carence qui n'existait plus au moment du dépôt des requêtes, leur protection judiciaire étant suffisamment assurée par la possibilité d'intenter un recours en annulation, basé sur l'article 33 du traité contre ladite décision* » (*Id.*, p. 882)

⁴⁹² Sur la base de l'objet du recours, l'intérêt à agir peut être déterminé, étant donné que sans objet, il n'y a pas d'intérêt. C'est qui a amené, à notre avis, le juge communautaire à confondre les deux notions. On trouve également la même confusion dans le cadre du recours en manquement, notamment dans le cas où, après l'introduction du recours, le manquement a été éliminé par l'Etat membre accusé. Si le juge communautaire fonde le plus souvent sa décision d'irrecevabilité, dans ce cas, sur le défaut d'intérêt à agir, l'appellation donnée par le juge à ce moyen est erronée, car, dans le cadre du recours en manquement, il n'est pas possible d'exiger un intérêt à agir de la Commission qui est un requérant privilégié non tenu de démontrer un intérêt ou une qualité pour agir : elle est supposée agir dans l'intérêt général communautaire (voir plus précisément, arrêts du 19 décembre 1961, *Commission/Italie*, c-7/61, *Rec.* 1961, p. 635, et du 12 novembre 1969, *Stauder/Stadt Ulm*, c-29/69, *Rec.* 1969, p. 419, et du 26 janvier 1972, *Westzucker GmbH e.a./Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, c-39/71, *Rec.* 1972, p. 1).

⁴⁹³ J. Vincent, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1976, p. 488. Par exemple, l'objet de litige disparaît durant la procédure judiciaire, si la défenderesse a reconnu le droit de la requérante (C.J.C.E., arrêt du 15 janvier 1981, *B./Parlement*, c-731/79, *Rec.* 1981, p. 107) ou dans le cas des fonctionnaires qui ont obtenu satisfaction à la suite de leur réclamation auprès de l'administration communautaire (C.J.C.E., ordonnance du 7 octobre 1987, *D.M./Conseil et CES*, c-108/86, *Rec.* 1987, p. 3933).

même du recours. Un recours peut avoir un objet sans qu'un intérêt à agir puisse être identifié dans le chef du requérant.

Il est manifeste que la Cour a voulu réparer cette erreur dans une jurisprudence récente en affirmant expressément que c'est là une question relative à la disparition de l'objet du litige : *« Dans un cas comme celui de l' espèce, où l'acte dont l' omission fait l'objet du litige a été adopté après l'introduction du recours, mais avant le prononcé de l' arrêt, une déclaration de la Cour constatant l' illégalité de l'abstention initiale ne peut plus conduire aux conséquences prévues par l'article 176. Il en résulte que, dans un tel cas, tout comme dans celui où l'institution défenderesse a réagi à l'invitation à agir dans le délai de deux mois, l'objet du recours a disparu »*⁴⁹⁴.

*

* *

Les moyens relatifs à la personne des requérants sont ainsi largement protégés par un caractère d'ordre public. L'article 230 CE a été considéré globalement comme relevant de l'ordre public communautaire. Toutefois, le fait que cet article n'a pas été rédigé dans des termes précis a laissé régner une certaine incertitude quant à l'existence, outre la qualité à agir, d'autres conditions. Bien que la Cour ait réussi de combler cette lacune en énumérant les différents éléments du droit d'agir, il subsiste encore une certaine confusion entre les différentes formes de ce droit. Celle-ci est due principalement, à notre avis, au fait que les différents formes d'irrecevabilité découlent principalement de l'intérêt à agir, elles constituent différents aspects de l'intérêt à agir qui en ont été détachées pour constituer des moyens indépendants, ce qui justifie toujours que les autres conditions, comme la qualité et l'acte faisant grief, se confondent avec l'intérêt, puisque c'est la notion mère.

⁴⁹⁴ C.J.C.E., arrêt du 24 novembre 1992, Buckl e.a./Commission, c-15/91, Rec. 1992, p. 6061.

CHAPITRE III

LE MOYEN RELATIF À L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

En principe, les actes pris par les institutions communautaires bénéficient d'une présomption d'intangibilité. Une fois l'acte adopté par l'autorité compétente, selon la procédure prévue, il ne peut plus leur être apporté de modifications, autres que grammaticales ou orthographiques qu'en suivant la même procédure. C'est un principe absolu qui s'applique quelle que soit la portée ou l'importance des modifications et leur caractère substantiel⁴⁹⁵.

L'acte communautaire bénéficie également d'une présomption de validité jusqu'à ce qu'il ait été annulé ou retiré régulièrement par l'institution compétente⁴⁹⁶. Entre-temps, l'autorité communautaire ne pourrait affecter sa validité que par la voie jurisprudentielle⁴⁹⁷.

Cependant, ces présomptions seront battues en brèche si l'acte est réputé inexistant. La notion d'inexistence de l'acte, communément appliquée par les ordres juridiques des Etats membres de la Communauté, signifie généralement que l'acte est entaché de vices très graves ou qu'il lui manque un de ses éléments essentiels⁴⁹⁸. Elle constitue une catégorie indépendante des

⁴⁹⁵ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315.

⁴⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, Commission/BASF e.a., c-137/92, *Rec.* 1994, p. 25551.

⁴⁹⁷ J. Boulouis et R. M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3^e éd., T.II., Dalloz, 1991, p. 217.

⁴⁹⁸ Cette définition tirée à partir de la signification que la doctrine française confère à cette notion. Voir Prosper Weil, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *Receuil Dalloz*, 1985, p. 49 ; Jean-Marie Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. II, p. 584 ; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 1963, p. 446.

actes irréguliers⁴⁹⁹ qui se distingue des actes simplement annulables. A la différence de ces derniers, l'acte inexistant ne produit aucun effet juridique, même provisoire⁵⁰⁰.

Traditionnellement, cette notion est très obscure et controversée en droit interne⁵⁰¹. Elle n'a pas pu être déterminée d'une manière précise, ce qui a amené la plupart des auteurs à considérer qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle, qui doit être appréciée au cas par cas par la jurisprudence. Pour la plupart des auteurs, c'est une notion qui est employée par le juge afin d'échapper aux conséquences les plus fâcheuses des règles qu'il a lui-même posées⁵⁰², et notamment à l'égard de l'application rigide des délais de recours et de la répartition de compétences entre les différents ordres de juridiction⁵⁰³. Comme l'a écrit Vedel, en résumant tout l'ambiguïté de cette notion : « *difficilement définissable du point de vue logique, variable dans ses effets, cette notion trouve sa véritable signification dans la possibilité qu'elle donne au juge d'échapper dans des cas exceptionnels aux règles ordinaires du droit administratif. Ainsi conçu, la théorie de l'inexistence constitue sans doute une « technique de secours»* »⁵⁰⁴.

Le droit communautaire n'a pas réservé non plus un sort très clair à cette notion. Au contraire, on peut même constater que la notion, en droit communautaire, est très embryonnaire. Elle est toujours restée dans l'ombre, faisant longtemps de simples allusions du juge communautaire⁵⁰⁵ qui a resté très prudent à l'égard de son application⁵⁰⁶. Elle n'a connu une consécration officielle que dans une seule affaire, l'affaire *Abruzzo*. Les autres références

⁴⁹⁹ Prosper Weil, *précité*, p. 49.

⁵⁰⁰ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, Commission/BASF e.a., c-137/92, *Rec.* 1994, p. 25551.

⁵⁰¹ Prosper Weil, *précité*, p. 49.

⁵⁰² Georges Vedel, Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1982, p. 54.

⁵⁰³ René Chapus, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 7^e éd., 1993, p. 806, et Jean-Marie Auby, *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, A. Pédone, 1951, p. 287.

⁵⁰⁴ Georges Vedel, *précité*, p. 56.

⁵⁰⁵ Joe Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 339.

⁵⁰⁶ J. Boulouis, R. M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3^e éd., T.II., Paris, Dalloz, 1991, p. 217.

jurisprudentielles à ce principe sont rares et ne constituent que des brefs applications de la notion qui ne permet pas d'en déduire le contenu.

Le juge communautaire s'est donc montré très prudent à l'égard de la notion d'inexistence. Il ne peut recourir à cette notion que dans des cas très limités et exceptionnels⁵⁰⁷. Il nous semble dès lors que la Cour n'est pas prête à s'engager dans cette voie⁵⁰⁸. Sur les rares cas où la Cour a examiné ce moyen, on peut relever qu'elle a constaté seule fois l'inexistence d'un acte pour la raison qu'il était non motivé.

Cette position prudente de la Cour était en quelque sorte réclamée par ses avocats généraux qui l'ont souvent mise en garde à propos des effets dangereuses de la mise en œuvre d'une telle notion. « *L'inexistence d'un acte public, surtout s'il s'agit d'un acte normatif (...) ne serait concevable que dans des limites très restreintes, pour des cas vraiment extrêmes, spécialement pour vices très graves et évidents de formes (exemple : absence de signature), de procédure (exemple : absence de délibération) ou de compétence (exemple : décision administrative en matière de réserve à la loi, et en général, usurpation manifeste de pouvoir). Les conséquences d'une constatation d'inexistence d'un acte ayant valeur de loi sont tellement graves et souvent pas du tout prévisibles, qu'une extrême prudence est conseillée dans l'emploi de cette notion à l'égard d'actes normatifs, surtout si ceux-ci sont demeurés longtemps en vigueur. Cela est également conforme à la sauvegarde de la certitude de droit ; car, dans le cas d'inexistence constatée d'une règle de portée générale, on devrait logiquement faire naître l'obligation pour l'administration d'éliminer toutes les conséquences qui ont résulté ab initio* »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, ICI/Commission, c-200/92, *Rec.* 1999, p. 4399, § 70-71.

⁵⁰⁸ Joe Verhoeven, *précité*, p. 340.

⁵⁰⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Roswitha Kortner épouse Schots, et autres/Conseil et Commission*, affaires jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, *Rec.* 1974, p. *Rec.* 1974, p. 137.

On jettera un regard rapide sur le principe de l'inexistence de l'acte communautaire à travers la jurisprudence, avant d'aborder l'examen de son caractère d'ordre public.

SECTION 1. L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. Dans le recours en annulation

Le principe d'inexistence d'un acte pris par une institution communautaire a été consacré pour la première fois par la Cour dans l'affaire *Société des usines à tubes de la Sarre*⁵¹⁰. Cette affaire a été jugée dans le cadre du traité C.E.C.A. Etait en cause un avis défavorable, émis par la Haute Autorité, à un projet d'investissement présenté par la requérante et visant l'installation d'une aciérie électrique. La requérante avait demandé à la Cour de déclarer son recours irrecevable pour inexistence de l'avis litigieux, ceci afin d'obtenir une confirmation de la Cour du caractère non décisoire de l'avis. La Cour, en examinant l'acte litigieux a relevé qu'il s'agissait d'un acte dont plusieurs éléments étaient absents, telles la notification et la motivation de l'acte. Elle a ensuite considéré que l'absence de la motivation est suffisante, à elle –seule, pour déclarer l'acte litigieux inexistant. Toutefois, la Cour a évité de donner une définition de cette notion. Elle n'a pas non plus précisé la raison pour laquelle elle a considéré, dans cette affaire, le défaut de motivation comme un vice d'inexistence : elle s'est contentée de préciser que c'était un élément essentiel de l'acte. Ainsi, si la Cour, pour la première fois, a appliqué le principe de l'inexistence, elle n'a fourni aucune indication quant au contenu ou la signification de cette notion. En tout état de cause, il ressort de cet arrêt que la Cour a bien créé une nouvelle catégorie d'irrégularité de l'acte qui se distingue des simples cas d'annulation : « *plusieurs des conditions posées par le traité n'ont donc pas été remplies ; si parmi celles-ci, certaines sont des formalités qui ne peuvent affecter la nature ou l'existence de l'acte, il apparaît que la motivation d'un avis (...) constitue un élément*

⁵¹⁰ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1957, Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité, c-1/57, *Rec.* 1957, p. 201.

*essentiel, voire constitutif, d'un tel acte. De telle sorte que l'absence de motivation entraîne l'inexistence de l'acte »*⁵¹¹

Pourtant, si le défaut d'une seule forme substantielle comme la motivation a suffi, dans l'affaire *Société des usines à tubes de la Sarre*, pour que la Cour constate l'inexistence de l'acte litigieux, la jurisprudence ultérieure, témoigne de la volonté de ne pas se contenter d'un seul vice de forme pour constater l'inexistence de l'acte. Il ne faut donc pas tirer comme principe général de cette affaire que la non-motivation entraîne, à elle seule, l'inexistence de l'acte⁵¹². Il convient d'ajouter qu'il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'un avis de la Haute Autorité qui ne possède normalement pas une portée décisive : il s'agissait d'un simple avis qui ne produit pas d'effets obligatoires, même s'il était normalement soumis à une obligation de motivation en vertu du traité C.E.C.A. Par ailleurs, la Cour n'a pas voulu constater officiellement, comme la requérante la priait de le faire, que l'acte serait non susceptible de provoquer directement ou indirectement des conséquences d'ordre juridique : « *ces avis ont donc le caractère de simples conseils donnés aux entreprises. Celles-ci restent ainsi libres d'en tenir compte ou non, (...) la Cour n'a pas donc à se prononcer sur les éventualités dont rien, actuellement, ne permet de prévoir la substance et la forme »*⁵¹³.

Après cet arrêt, la jurisprudence de la Cour resta pendant presque vingt ans sans aucune référence à cette notion, jusqu'à ce qu'elle soit à nouveau invoquée à l'occasion de l'affaire *Roswitha Kortner* en 1974⁵¹⁴. La question avait été soulevée, cette fois, à l'occasion d'un recours formé par certains fonctionnaires européens travaillant au Conseil et à la Commission, réclamant le paiement des arriérés d'une indemnité de dépaysement jusqu'au jour où elle leur avait été reconnue. Le recours tendait en outre à l'annulation des décisions de la Commission

⁵¹¹ Rec. 1957, p. 220.

⁵¹² Voir en ce sens Jürgen Schwarze, *Droit administratif Européen*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 1027.

⁵¹³ *Id.*, p. 223.

⁵¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 21 février 1974, *Roswitha Kortner*, épouse Schots, et autres/Conseil et Commission, affaires jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, Rec. 1974, p. 177.

et du Conseil retirant aux requérants le bénéfice de cette indemnité. Les requérants soutenaient que l'article 4 de l'annexe au statut des fonctionnaires, sur lequel les parties défenderesses s'étaient fondées pour refuser les indemnités réclamées, était inexistant, parce que cet article avait été invalidé par une décision antérieure de la Cour pour contrariété au principe de la non discrimination entre homme et femme

La Cour a refusé de considérer que ce vice pourrait suffire, à lui-seul, à emporter l'inexistence de l'acte litigieux. Toutefois, elle ne livre toujours pas sa définition de l'inexistence. Elle s'est contentée de préciser qu'on ne saurait en aucun cas qualifier d'inexistante, la disposition de l'article 4, paragraphe 3, de l'annexe VII du statut, émanée de l'autorité compétente et prise dans le respect des conditions de procédures et de forme fixées par les traités⁵¹⁵.

La reconnaissance de la théorie de l'inexistence, en tant que principe inhérent au droit communautaire n'a vu le jour que dans l'affaire *Abruzzo*⁵¹⁶. Était en cause un recours en annulation introduit par une société travaillant dans le traitement d'embouteillage, qui contestait une décision de la Commission modifiant le montant maximal d'un concours à un projet pour la réalisation d'un centre régional pour le traitement des moûts déjà fixé par une décision antérieure. Devant la Cour, la Commission fit valoir que la décision attaquée était le résultat d'une erreur d'évaluation de sa part qu'elle avait aussitôt corrigé par une décision ultérieure, selon la Commission, la décision attaquée était donc selon la Commission inexistante. La Cour a rejeté cette allégation en considérant que l'erreur que la Commission avait commise ne pouvait constituer une raison pour déclarer un acte inexistant. Cette qualification, selon la Cour, doit être réservée aux actes affectés de vices particulièrement graves et évidents, ce qui n'était pas le cas des erreurs invoquées par la défenderesse. Ainsi, la Cour définit, d'une manière générale, le vice de l'inexistence comme étant un vice grave et évident. La Cour n'a pas toutefois établi une liste des vices qui peuvent emporter l'inexistence

⁵¹⁵ *Ibid.* p. 33.

⁵¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commission*, c-15/85, *Rec.* 1987, p. 1005.

de l'acte. Elle a préféré ne pas s'engager dans cette voie en renvoyant la détermination du contenu de cette notion à chaque cas selon les circonstances d'espèce⁵¹⁷.

L'intérêt de cet arrêt réside encore dans le fait que, pour la première fois, la Cour affirme cette notion que est empruntée aux droits internes des Etats membres : *« cette qualification doit, dès lors, être réservée, en droit communautaire, comme elle l'est dans les droits nationaux qui la connaissent, (...) il y a lieu de relever que, comme dans les droits nationaux des divers Etats membres, un acte administratif, même irrégulier, jouit, en droit communautaire d'une présomption de validité, jusqu'à ce qu'il ait été annulé ou retiré régulièrement par l'institution dont il émane »*⁵¹⁸.

Une fois le principe énoncé, il n'a connu que deux autres applications ultérieures, à l'occasion de l'affaire *BASF* et des affaires *P.V.C.* Ces deux applications se situent dans la même ligne que l'affaire *Abruzzo*.

Dans l'affaire *BASF*⁵¹⁹, la question de l'inexistence avait été invoquée devant la Cour statuant sur pourvoi contre une décision du Tribunal déclarant un acte pris par une institution communautaire inexistant faute d'authentification. Le Tribunal, dans sa décision, avait estimé que c'était un *« acte dont (il) ne peut ni fixer avec une certitude suffisante la date exacte à partir de laquelle il a été susceptible de produire des effets juridiques et, par suite, d'être incorporé dans l'ordre juridique communautaire, ni, en raison des modifications dont il a été*

⁵¹⁷ D. Ritleng, « De l'inexistence de l'inexistence », *Europe*, octobre 1999, p. 10, fasc. 327. Cette attitude de la Cour n'est pas, cependant, différente de celle qui est adoptée par les juridictions des Etats membres, où la notion est toujours imprécise et son contenu non défini.

⁵¹⁸ Arrêt précité, § 10. Il semble que la Cour n'a pas voulu affirmer ce principe comme étant un principe du droit communautaire qu'après y avoir été incitée par son avocat général, lequel lui a présenté un travail comparatif prouvant que c'était un principe commun aux droits des Etats membres *« il résulte effectivement d'une étude comparative que la plupart de ces droits connaissent des hypothèses dans lesquelles l'acte irrégulier du fait de la gravité du vice dont il est entaché, est réputé ne sortir aucun effet juridique même provisoire de sorte que ni son destinataire ni son auteur ne sont tenus de le respecter, même sans qu'une intervention préalable du juge ne soit nécessaire. Pour certains droits, de tels actes sont inexistant ; pour d'autres, ils sont nuls de plein droit »* (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Abruzzo*, *Rec* 1987, p. 1019).

⁵¹⁹ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, c-137/92, *Rec.* 1994, p. 25551.

l'objet, appréhender avec assurance le contenu précis de la motivation qu' il doit contenir en vertu de l' article 190 du traité, ni définir et contrôler sans ambiguïté l'étendue des obligations qu'il impose à ses destinataires ou la désignation de ces derniers, ni identifier avec certitude quel a été l'auteur de sa version définitive, et pour lequel il est établi que la procédure d' authentification prévue par la réglementation communautaire a été totalement méconnue et que celle prévue à l'article 192, deuxième alinéa, du traité ne serait pas susceptible d' être mise en oeuvre, ne peut être qualifié de décision au sens de l' article 189 du traité, précité ». Le Tribunal en avait déduit qu' « un tel acte est entaché de vices particulièrement graves et évidents, qui le rendent juridiquement inexistant ».

Devant la Cour, la Commission a fait valoir que les prétendues irrégularités étaient dépourvues du caractère d'évidence requis pour que la décision litigieuse puisse être qualifiée d' inexistante. La Cour, très ferme, a donné raison à la Commission et a cassé l'arrêt du Tribunal en estimant que, « *qu'elles soient considérées isolément ou même dans leur ensemble, les irrégularités de compétence et de forme relevées par le Tribunal, qui concernent la procédure d'adoption de la décision de la Commission, n'apparaissent pas d'une gravité à ce point évidente que ladite décision doive être regardée comme juridiquement inexistante* »⁵²⁰.

La série d'affaires connues sous le nom des « affaires polypropylène »⁵²¹, reprend la même solution que l'arrêt *BASF*. Dans ces affaires, la Cour a refusé de considérer que le fait qu'un acte était entaché par un défaut d'authentification et contraire au principe de l'intangibilité de l'acte, puisse être qualifié d'inexistant.

On peut donc constater que la qualification d'acte inexistant est, en droit communautaire, réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes, pour des raisons de sécurité juridique tirées de la gravité des conséquences qui s'attachent à la constatation de l'inexistence d'un acte pris par

⁵²⁰ *Id.*, § 49.

⁵²¹ Voir arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission*, c-245/92, *Rec.* 1999, p. 4643, et du 8 juillet 1999, *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4287, et du 8 juillet 1999, *ICI/Commission*, c-200/92, *Rec.* 1999, p. 4399.

une institution de la Communauté⁵²². La jurisprudence communautaire n'a pas encore connu d'application de ces vices graves⁵²³.

On peut quand même se demander quelle pourrait être la conception du vice grave emportant l'inexistence de l'acte, dans le cas des affaires *Basf* ou *P.V.C.*, où la non authentification de l'acte et l'incompétence de l'auteur de l'acte n'ont pas suffi à déclarer l'acte inexistant⁵²⁴. La notion d'inexistence ne pourrait être réservée, à notre avis, qu'à une situation purement théorique où l'acte serait affecté par un vice tel qu'on ne puisse imaginer que l'acte ait pu même exister. Cette notion s'avère donc plus stricte encore dans le droit communautaire que dans le droit national, et par conséquent pratiquement inapplicable.

La justification de cette attitude restrictive de la Cour peut résider dans le fait qu'elle a préféré l'emploi de la notion de nullité à la notion d'inexistence, et ceci afin de protéger le fonctionnement harmonieux des institutions communautaires plutôt que les intérêts légitimes des parties⁵²⁵.

§ 2. Dans les autres types de recours

Ce moyen peut être soulevé par voie d'exception dans le cadre du *recours en manquement*, même si ce dernier ne tend pas à juger la régularité des actes communautaires :

⁵²² Affaire BASF, *précité*, § 50.

⁵²³ L'affaire *Usines à tubes de la Sarres*, précédemment étudiée, ne constitue pas une exception dans ce contexte. C'est une jurisprudence abandonnée, puisqu'il ressort de la jurisprudence actuelle de la Cour qu'un seul vice de forme ou de procédure ne suffit pas à emporter l'inexistence de l'acte.

⁵²⁴ D. Ritleng, « De l'inexistence de l'inexistence », *Loc. cit.*

⁵²⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, arrêt du 8 juillet 1999, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4306, note 29 de pied de page.

« Ces voies de recours poursuivent des objectifs distincts et sont soumises à des modalités différentes. Un État membre ne saurait donc utilement, en l'absence d'une disposition du traité l'y autorisant expressément, invoquer l'illégalité d'une décision dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution de cette décision. Il ne peut pas davantage se prévaloir de l'illégalité d'une directive que la Commission lui reproche d'avoir méconnue. Il ne pourrait en être autrement que si l'acte en cause était affecté de vices particulièrement graves et évidents, au point de pouvoir être qualifié d'acte inexistant »⁵²⁶.

S'il est interdit, en principe, aux parties d'invoquer durant un recours, des moyens qui sont propres à d'autres recours, le moyen relatif à l'inexistence constitue une exception à cet égard : il a été jugé que s'il n'est pas permis d'invoquer l'illégalité d'un acte dans le recours de manquement et qu'il doit être permis seulement dans le recours en annulation, il existerait à cette règle une seule exception : si l'acte en cause était inexistant⁵²⁷.

En ce qui concerne le recours en indemnité, il paraît vraisemblable que le juge puisse constater l'inexistence de l'acte communautaire, même s'il n'existe pas d'arrêt rendu dans ce cadre. En principe, un recours en indemnité est recevable contre des actes normatifs ou des décisions individuelles puisque la faute peut être fondée sur une illégalité, et notamment, *s'il y a présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers*⁵²⁸. Les Communautés européennes n'ont pas pour l'instant beaucoup d'activités matérielles et leur responsabilité extra-contractuelle ne peut donc être envisagée que du fait de leur action juridique ou normative⁵²⁹. Si la constatation de l'illégalité

⁵²⁶ C.J.C.E., arrêt de la Cour du 27 octobre 1992, Commission/République fédérale d'Allemagne, c-74/91, *Rec.* 1972, p. 5437.

⁵²⁷ C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1992, Commission/République fédérale d'Allemagne, c-74/91. *Rec.* 5437, et du 30 juin 1988, Commission/République hellénique, c-226/87, *Rec.* 1988, p. 3611.

⁵²⁸ C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, Roquette frères/Commission, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553.

⁵²⁹ Maurice-Christian Bergeres, *Contentieux communautaire*, Paris, P.U.F., 1989, p. 256. Voir également en ce sens, Jean Boulouis et Marco Darmon, *Contentieux communautaire, précité*, p. 237. Selon ces auteurs, la Cour assimile le fait dommageable à l'illégalité d'un acte des institutions.

d'un acte n'est pas en soi suffisante pour que la responsabilité de la Communauté soit retenue, et qu'il faut une faute lourde qui pourrait être imputable à l'institution⁵³⁰, on pourrait imaginer que cette faute lourde soit, dans certaines situations, celle de l'institution communautaire qui a adopté un acte entaché de vices très graves.

Enfin, par sa nature, le recours en carence ne peut connaître un moyen relatif à l'inexistence de l'acte, car c'est l'inexistence de cet acte qui justifie l'introduction du recours. Nous soutenons cette opinion même si certains auteurs prétendent que le recours en carence peut permettre de constater l'inexistence d'un acte juridique⁵³¹.

SECTION 2. LE CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DU MOYEN RELATIF À L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. Principe

Le moyen tiré de l'inexistence de l'acte communautaire est en principe d'ordre public dans le cadre du recours en annulation. Il peut être soulevé à tout instant par le juge communautaire, et comme la plupart des règles d'ordre public procédural communautaire, pour la première fois devant la Cour de justice statuant en pourvoi⁵³². Cette exception d'irrecevabilité vise, selon la Cour, à préserver un équilibre entre deux exigences fondamentales, mais parfois antagonistes, auxquelles doit satisfaire un ordre juridique, à savoir la stabilité des relations juridiques et le respect de la légalité⁵³³.

⁵³⁰ C.J.C.E., arrêt du 25 mai 1978, HNL/Conseil et Commission, c-83/76, *Rec.* 1978, p. 1209.

⁵³¹ Maurice-Christian Bergeres, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *C.D.E.*, 1989, p. 671. Cet auteur soutient que dans le cadre de la théorie examinée, l'acte existe matériellement ; il n'y a donc eu de carence dans son édicton, mais les vices dont il est entaché vont hypothéquer son existence.

⁵³² T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315.

⁵³³ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Montecatini/Commission, c-235/92, *Rec.* 1999, p. 4539, § 97.

Toutefois, il faut admettre que le juge communautaire, comme nous venons de l'indiquer, refuse de s'aventurer dans un tel domaine. Il est constant qu'il n'a jamais soulevé d'office cette question. Ce moyen est toujours invoqué par l'une des parties⁵³⁴. Le juge n'a jamais utilisé son pouvoir de soulever d'office que dans le cas où le moyen avait été invoqué tardivement par la partie⁵³⁵. Il ne s'agissait pas d'un véritable « soulevé d'office » par lui seul.

La Cour de justice reconnaît également à ce moyen un caractère d'ordre public dans le cadre du recours en manquement, tout en acceptant qu'il peut être soulevé tardivement au cours de l'audience pour la première fois⁵³⁶.

En ce qui concerne le recours en indemnité, on notera que l'invocation du moyen relatif à l'inexistence de l'acte ne pourra prendre que la forme d'un moyen de légalité interne et non d'irrecevabilité. Une fois l'acte litigieux déclaré inexistant, le recours ne sera pas rejeté comme irrecevable : il ne vise pas l'inexistence de l'acte, mais la réparation du dommage à la base duquel se trouvera la faute de l'institution communautaire qui aura adopté cet acte. Ainsi le caractère d'ordre public de ce moyen nous paraît relativement incertain en l'état actuel des choses, car on ne pourrait contester l'illégalité de l'acte, dans le cadre du recours en indemnité, que par un moyen tiré de la violation du traité qui, comme on l'a indiqué dans le titre préliminaire, ne fait partie des moyens d'ordre public communautaire⁵³⁷.

⁵³⁴ Le moyen d'ordre public relatif à l'inexistence de l'acte communautaire ne peut être seulement invoqué par la partie défenderesse, comme on l'a vu dans le cas de l'affaire *Abruzzo*, il peut l'être aussi par le requérant.

⁵³⁵ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315.

⁵³⁶ C.J.C.E., arrêt du 30 juin 1988, Commission/République hellénique, c-226/87, *Rec.* 1988, p. 3611.

⁵³⁷ Voir *supra*, Titre préliminaire, Chapitre III.

§ 2. La fonction particulière du moyen d'ordre public relatif à l'inexistence de l'acte communautaire

A) Les effets de l'inexistence

1° Le moyen d'ordre public relatif à l'inexistence remplit de la sorte une fonction spéciale en droit communautaire : il peut mettre en échec les délais de recours prévus par l'article 230 CE. C'est une particularité de ce moyen, car les règles relatives aux délais de recours ne s'inclinent normalement pas devant d'autres moyens d'ordre public de fond ou même de procédure. *« Ce moyen est d'ordre public et, comme tel, il peut être invoqué par les parties sans condition de délai au cours de la procédure et doit être soulevé d'office par le juge »*⁵³⁸. *« La constatation de l'inexistence d'une règle aurait pour effet de relever la requérante de la forclusion opérée par l'écoulement des délais de recours »*⁵³⁹.

2° Le vice de l'inexistence permet par ailleurs un usage de l'exception de l'illégalité plus large que ce que prévoit l'article 241 du traité CE en permettant qu'elle soit opposée non seulement à des règlements mais aussi à des directives ou des décisions et en autorisant un renvoi préjudiciel en appréciation de validité alors même que le particulier n'a pas introduit le recours en annulation qui lui était ouvert⁵⁴⁰.

⁵³⁸ T.P.I. arrêt du 27 février 1992, BASF AG et autres/Commission, c-79/89, *Rec.* 1992, p. 315, § 67.

⁵³⁹ C.J.C.E., arrêt du 21 février 1974, Roswitha Kortner, épouse Schots, et autres/Conseil et Commission et Parlement européen, affaires jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, *Rec.* 1974, p. 177, § 33.

⁵⁴⁰ Joe Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, précité, p. 339.

B) Inexistence et irrecevabilité

Ce moyen d'ordre public est considéré par le juge communautaire comme une exception d'irrecevabilité. Si cette qualification n'est pas attribuée expressément à ce moyen, il est constant que le juge communautaire le traite au titre de la recevabilité⁵⁴¹ ou qu'il déclare le recours irrecevable si l'acte attaqué est inexistant⁵⁴². Toutefois, pour arriver à la conclusion que l'acte est inexistant, le juge doit examiner le recours au fond afin de découvrir le caractère évident et grave des vices allégués par les parties. Les vices qui peuvent causer l'inexistence de l'acte, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, sont nécessairement, par leur nature, des moyens de fond.

Ainsi, la qualification de ce moyen comme étant relatif à l'irrecevabilité du recours ne manque pas de créer certaines ambiguïtés. Certes, un acte inexistant, comme le signifie le terme, est sans valeur juridique et ne peut faire l'objet d'aucune procédure juridique, même juridictionnelle, ce qui justifie une décision d'irrecevabilité de la part du juge communautaire. Cependant, comment peut-on tolérer le fait qu'un moyen relatif au fond puisse être examiné au niveau de la recevabilité ? La pratique du juge communautaire témoigne d'une certaine confusion. On le voit parfois examiner cette question comme relevant du fond, puis décider l'irrecevabilité du recours, ce qui est illogique⁵⁴³. Cette pratique risque de créer une situation ambiguë pour les parties. Si celui qui forme un recours en annulation contre un acte communautaire, invoque l'inexistence de cet acte, il sera obligé de contester la recevabilité de son propre recours, comme c'était le cas dans l'affaire *Usines à tubes de Sarre*⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ C.J.C.E., arrêt du 21 février 1974, Roswitha Kortner, épouse Schots, et autres/Conseil et Commission, affaires jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, *Rec.* 1974, p. 177.

⁵⁴² T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315.

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1957, Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité, c-1/57, *Rec.* 1957, p. 201. Voir à cet égard, *supra*, sect. I.

Toutefois, le fait de traiter ce moyen comme un moyen d'irrecevabilité et d'attribuer un caractère d'ordre public, permet d'une certaine manière de contourner la règle jurisprudentielle qui empêche d'étendre le caractère d'ordre public à des moyens relatifs à la légalité interne : cela permet de soulever d'office, à l'appui de l'allégation d'inexistence de l'acte, des moyens relatifs à la violation du traité. C'est là une fonction spécifique du moyen d'ordre public relatif à l'inexistence de l'acte dans le cadre du contentieux communautaire. Cette démarche de la Cour constitue également un pas, à notre avis, vers l'extension des moyens d'ordre public au domaine des moyens de la légalité interne.

CHAPITRE IV

LE MOYEN RELATIF À L'EXPIRATION DES DÉLAIS D'ACTION EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Au sens étymologique, le délai est un laps de temps, qui est laissé à une personne⁵⁴⁵, susceptible de produire des effets juridiques à échéance⁵⁴⁶.

En matière de délais judiciaires, on distingue principalement entre délais d'action et délais de procédure⁵⁴⁷. Le critère de distinction entre les deux délais consiste principalement dans leur objet. Les délais de procédure ont pour objet l'instance, tandis que l'objet des délais d'action est l'action judiciaire.

Les délais *d'action* sont en principe destinés à combattre l'inertie des parties. Ils fixent un temps maximum pour l'exécution de l'action ; leur expiration entraîne l'extinction de ce droit. Les délais *de procédure* sont des délais d'attente qui instituent une trêve en faveur de l'une des parties au litige ; ils permettent, en effet, à l'autre partie de s'organiser en mettant à profit

⁵⁴⁵ Gérard Cornu, Jean Foyer, *Procédure Civile*, Paris, P.U.F, 1996, p. 546.

⁵⁴⁶ Charles Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, thèse Alger, Imprimerie Pfeiffer et Assant, 1937, p. 9.

⁵⁴⁷ Voir par exemple pour les délais de procédure en droit communautaire, le délai de deux mois, institué par l'article 23 du statut CE, durant lequel les parties, dans une procédure préjudicielle, doivent présenter leur observations devant la Cour ; ce délai commence à compter à partir de la notification de la décision de la juridiction nationale qui suspend la procédure et saisit la Cour. Voir également le délai prévu par l'article 37/6 du règlement de procédure : « Sans préjudice des dispositions des paragraphes 1 à 5, la date à laquelle une copie de l'original signé d'un acte de procédure, y compris le bordereau des pièces et documents visé au paragraphe 4, parvient au greffe par télécopieur ou tout autre moyen technique de communication dont dispose la Cour, est prise en considération aux fins du respect des délais de procédure à condition que l'original signé de l'acte, accompagné des annexes et des copies visées au paragraphe 1, deuxième alinéa, soit déposé au greffe au plus tard dix jours après ».

le répit qui en résulte⁵⁴⁸. En réalité, ce sont des considérations concernant la marche de l'instance qui déterminent le régime des délais de procédure. Ces délais, contrairement aux délais d'action, n'affectent le droit substantiel que d'une manière indirecte, à travers l'instance⁵⁴⁹.

Il est regrettable que la Cour de justice des Communautés européennes, dans ses arrêts, n'adopte pas une distinction terminologique claire entre les deux types de délais. On la voit souvent employer le terme « délais de procédure » pour désigner tant un délai d'action qu'un délai de recours⁵⁵⁰. Il est ainsi manifeste que, pour la Cour, tout délai judiciaire est un délai de procédure. Cependant, ce constat ne signifie pas que la Cour ne fait pas de différence entre les deux sortes de délais. En effet, la jurisprudence constante de la Cour établit des sanctions différentes pour chacune de ces catégories de délais. Si les délais d'action sont considérés souvent comme étant incontestablement d'ordre public communautaire, il n'en va pas de même pour tous les délais de procédure.

Le présent chapitre sera limité à l'étude des différents délais d'action. Dans une première section, nous allons explorer la question des différents délais d'action en droit communautaire et de leur caractère d'ordre public, tandis que dans une deuxième section, nous observerons les atténuations qui ont pu être apportées à ce caractère d'ordre public par le juge communautaire.

⁵⁴⁸ Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure Civile*, Paris, *précité*, p. 546. Voir en ce sens Mohamed Abdel-Khalek Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 181. Cependant, selon Jacques Heron, il n'existe pas de distinction entre les délais de procédure et de recours : cet auteur estime que ces derniers ne sont qu'un type particulier de délais de procédure (*Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 136).

⁵⁴⁹ Mohamed Abdel-Khalek Omar, *précité*, p. 181. On doit remarquer qu'on désigne ici par les termes « délais de procédure », les délais de procédure judiciaire. Il est manifeste qu'il existe une différence entre les délais de procédure judiciaire et les délais de procédure administrative. Ces derniers constituent une formalité de l'acte communautaire et ne sont d'ordre public que s'ils ont une influence déterminante sur la validité cet acte. Voir dans ce sens C.J.C.E., arrêt du 7 juin 1983, *Musique Diffusion française/Commission*, c-100/80, *Rec.* 1983, p. 1825.

⁵⁵⁰ Voir ainsi, C.J.C.E., ordonnance du 17 mai 2002, *Allemagne/Parlement et Conseil*, c-406/01, *Rec.* 2002, p. 4561.

SECTION 1. LES DIFFÉRENTS DÉLAIS D'ACTION ET LEUR CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC

Sous-section 1. Les délais de recours

§ 1^{er}. La notion en droit communautaire

Bien que la reconnaissance du droit de recours constitue une base fondamentale de tout Etat ou Communauté de droit, il ne peut être absolu pour des raisons de sécurité juridique. Une fois né, le droit d'action doit être exercé dans un certain délai qui varie en fonction de chaque type de recours.

Les délais de recours expriment toujours un souci de protection qui a été pris en considération par les différents systèmes juridiques depuis le Moyen Age. On lit par exemple dans l'ordonnance du roi Henri III de France : « pour le regard de délais qui sont le plus souvent cause de longueur de procès : voulons et ordonnons (...) que tous juges soient tenus par l'appointement de contestation en cause régler trois délais requis et nécessaires, selon la qualité de la matière et distance des lieux, comme d'informer et écrire, produire, bailler reproches... »⁵⁵¹.

Les délais de recours sont en principe, en droit communautaire, de deux mois⁵⁵². En vertu de l'article 81, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, ils commencent à compter pour les règlements généraux à partir de la fin du quatorzième jour suivant la date de la

⁵⁵¹ Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des Etats-Généraux, assemblés à Blaisen, relativement à la police générale du Royaume. Nov. 1576, Rec. t. 14. p. 419, N° 161. Citée par Serge Guinchard, Monique Bandrac, Xavier Lagarde et Melina Douchy, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2001, p. 38.

⁵⁵² Cependant, ce délai était d'un mois dans le traité C.E.C.A. (art. 33).

publication de l'acte au Journal officiel des Communautés européennes⁵⁵³. C'est uniquement la date de publication de l'acte qui fait courir les délais de recours⁵⁵⁴; la connaissance préalable de l'acte avant sa publication par l'intéressé ne peut être prise en considération pour faire courir les délais avant la date fixée par le droit⁵⁵⁵. En ce qui concerne les décisions individuelles, les délais ne commencent à courir qu'à partir de la date d'une notification correcte de la décision au intéressé, à défaut du jour où celui-ci en a eu connaissance^{556 557}.

⁵⁵³ Cet allongement n'est pas contraire au traité et aux délais de recours de deux mois. Il constitue une précision de la notion de publication (Jacques Mégret, Michel Waelbroeck, *Le droit de la Communauté européenne*, Vol. 10, éd. de l'université de Bruxelles, 1983, p. 100).

⁵⁵⁴ Il est de jurisprudence constante qu'il existe une présomption en cette matière, qui consiste dans le fait que la date de publication est celle figurant au numéro du *Journal officiel* qui reproduit l'acte (C.J.C.E., arrêt du 28 février 1980, Bonu/Conseil, c-89/79, *Rec.* 1980, p. 553). Cependant, cette présomption n'est pas absolue, car la Cour peut prendre en considération la date de la publication dans le journal officiel de l'Etat du requérant si elle constate que ce n'est qu'à partir de cette publication que le requérant a eu connaissance de l'acte communautaire (C.J.C.E. arrêt du 14 décembre 1962, Wöhrmann/Commission, c-31/62, *Rec.* 1962, p. 965).

⁵⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, c-122/95, *Rec.* 1998, p. 973.

⁵⁵⁶ Pour faire courir les délais, une notification doit être régulière et adressée au destinataire de la décision. Aucune forme particulière n'est prescrite pour la notification; il suffit que l'acte parvienne au destinataire de telle façon que celui-ci soit en mesure d'en prendre connaissance. Cependant, la notification doit porter sur la décision elle-même. Elle doit contenir les détails nécessaires permettant aux requérants d'identifier la décision prise et d'en connaître le contenu exact, de manière à pouvoir faire fruit de leur droit au recours. Une communication informant le destinataire, la veille de l'adoption formelle de la décision, que l'offre qu'il avait soumise est rejetée, n'équivaut pas à une notification (C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1980, Könecke/Commission, c-76/79, *Rec.* 1980, p. 665). Le refus du destinataire de prendre connaissance de l'acte n'empêche pas les délais de commencer à courir (C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, c-48/69, *Rec.* 1972, p. 619, et arrêt du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, c-6/72, *Rec.* 1973, p. 215). Le doute, quant à la date à laquelle la notification a été reçue, profite au requérant. De plus, le retard de la notification ne nuit pas au requérant tant qu'il ne lui est pas imputable et tant que l'institution n'a pas apporté la preuve de la notification de la décision individuelle (C.J.C.E., arrêts du 17 juillet 1959, Snuapat/Haute Autorité, c-32/58, *Rec.* 1959, p. 275, et du 20 octobre 1977, Jänsch/Commission, c-5/76, *Rec.* 1977, p. 1817, et du 5 juin 1980, Belfiore/Commission, c-108/79, *Rec.* 1980, p. 1769).

⁵⁵⁷ À défaut de publication ou de notification de l'acte communautaire, il appartient à celui qui a connaissance de l'existence d'un acte qui le concerne d'en demander le texte intégral dans un délai raisonnable, mais, sous cette réserve, le délai de recours ne saurait courir qu'à partir du moment où le tiers concerné a eu une connaissance exacte du contenu et des motifs de l'acte en cause, de manière à pouvoir faire fruit de son droit de recours (C.J.C.E., arrêt du 6 juillet 1988, Dillinger/Commission, c-236/86, *Rec.* 1988, p. 3761, § 14. Voir aussi arrêt de la Cour du 5 mars 1986, Tezi Textiel/Commission, c-59/84, *Rec.* 1986, p. 887; arrêts du Tribunal du 19 mai 1994, Consorzio gruppo di azione locale "Murgia Messapica"/Commission, t-465/93, *Rec.* 1994, p. II-361, § 29, et du 7 mars 1995, Socurte e.a./Commission, t-432/93, *Rec.* 1995, p. II-503). Cependant, si l'intéressé a acquis la connaissance de la décision individuelle avant sa notification, ceci ne fait pas courir les délais de recours à son égard (conclusions de l'avocat général dans l'affaire Eridania Zuccherifici e.a./Commission, arrêt du 10 décembre 1969, c-10/68, *Rec.* 1969, p. 459. sp. p. 489).

Les délais de recours fixés par un texte communautaire ne peuvent augmenter, en vertu du règlement de procédure, qu'en raison de la distance pour les parties n'ayant pas leur résidence habituelle à Luxembourg (art. 81/2). Ils ne peuvent pas être suspendus durant les jours fériés ou les vacances judiciaires (art. 80/2).

L'inobservation des délais de recours ne s'apprécie qu'au stade de l'examen de recevabilité. L'expiration des délais de recours confère à la défenderesse la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir devant le juge qui oblige celui-ci à statuer tout d'abord sur l'irrecevabilité du procès⁵⁵⁸. Cependant il arrive, dans des cas très rares, que le juge communautaire n'examine pas le moyen relatif à la tardiveté du recours, mais s'attaque immédiatement à l'examen du fond, s'il s'aperçoit que le recours est manifestement non fondé⁵⁵⁹.

On doit préciser qu'en principe, l'inobservation des délais de recours entraîne la déchéance du droit au recours, c'est-à-dire de la possibilité de soumettre à la Cour, pour les examiner au fond, les faits faisant l'objet de ce recours⁵⁶⁰. Les délais doivent donc être fixés à l'avance⁵⁶¹, notamment pour qu'ils soient opposables aux intéressés⁵⁶². Cependant, les seules mesures susceptibles de faire l'objet d'un recours sont celles qui peuvent acquérir un caractère définitif ; ainsi des mesures qui ne développent aucun effet juridique externe immédiat, et qui

⁵⁵⁸ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1967, Anne Collignon/Commission, c-4/67, *Rec.* 1967, p. 469.

⁵⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1986, Bevere/Commission, c-8/85, *Rec.* 1986, p. 1187. Voir également arrêts du 9 mai 1982, Orlandi, c-206/80, *Rec.* 1982, p. 2147, et du 22 octobre 1981, Kruse/Commission, c-218/80, *Rec.* 1981, p. 2417.

⁵⁶⁰ C.J.C.E., arrêt du 17 novembre 1965, Collotti/Cour de justice, c-20/65, *Rec.* 1965, p. 1045, et arrêt de la Cour du 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, c-188/92, *Rec.* 1994, p. 833, § 13.

⁵⁶¹ Pour cette raison, certains les qualifient de « délais préfix » (Michel Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *R.T.D.Civ.*, 1950, p. 442).

⁵⁶² Les délais de recours sont opposable même si l'institution communautaire n'a pas informé le justiciable des délais de recours qui doivent courir à son égard (C.J.C.E., Ordonnance du 5 mars 1999, Guérin automobiles/Commission, c-153/98, *Rec.* 1999, p. 1441). Ceci contredit ce qui est établi dans certains droits des Etats membres, comme en droit français, où la jurisprudence exige que les délais de recours soient mentionnés dans la notification de la décision pour qu'ils soient opposables aux intéressés (CJA, art. R 421-5, reprenant la disposition ajoutée au décret du 11 janvier 1965 par celui du 28 novembre 1983).

ne sont pas annulables — tels par exemple des avis provisoires — ne peuvent devenir définitives⁵⁶³.

Il convient cependant d'observer que la seule expiration des délais de recours en droit communautaire ne conduit qu'à une efficacité définitive de l'acte communautaire sur le plan formel tandis que, sur le plan matériel, l'administration reste libre d'abroger cet acte ou de le remplacer par un autre plus contraignant si les conditions sont réunies⁵⁶⁴. En réalité, l'efficacité définitive résultant de l'expiration des délais de recours n'est envisageable qu'à l'égard des particuliers et des entreprises, mais non envers l'institution communautaire qui est l'auteur de l'acte. Celle-ci est tenue de redresser toute erreur juridique ou matérielle et toute appréciation dont l'expérience aurait démontré le caractère imprécis ou incomplet.

Il faut enfin constater que les délais de recours devant le juge communautaire relèvent du droit communautaire et sont indépendants des délais de recours nationaux. La Cour a dit pour droit que ces délais ne peuvent être prorogés en application d'un texte de droit national ; ils sont uniquement régis par le droit communautaire⁵⁶⁵.

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'expiration des délais de recours

A) Le moyen d'ordre public relatif à l'expiration des délais de recours

Selon l'article 230 CE, les recours en annulation « doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance ». Selon une jurisprudence constante, ce délai

⁵⁶³ Ainsi, l'application des délais de recours se trouvera liée à une appréciation expresse ou tacite par le juge communautaire de la nature de l'acte en cause, qui sera faite à l'occasion de chaque litige (C.J.C.E., arrêt du 6 juin 1971, Allemagne/Commission, c-2/71, *Rec.* 1971, p. 669).

⁵⁶⁴ C.J.C.E., arrêt du 3 mars 1971, Acciaierie e Ferriere Riva/Commission, c-2/70, *Rec.* 1971, p. 97. Voir également arrêt de la Cour du 12 juillet 1984, Moussis/Commission, c-227/83, *Rec.* 1984, p. 3133, et du 14 avril 1970, Nebe/Commission, c-24/69, *Rec.* 1970, p. 145.

⁵⁶⁵ C.J.C.E., ordonnance du 21 novembre 1990, Infortec/Commission, c-12/90, *Rec.* 1990, p. 4265.

est considéré comme étant d'ordre public communautaire. Dès 1967, dans l'affaire *Collignon*⁵⁶⁶, la Cour de justice a précisé que le délai du recours en annulation est d'ordre public et ne constitue pas un moyen à la discrétion des parties ou du juge. Ainsi, la fin de non-recevoir relative à l'expiration des délais de recours doit être soulevée d'office par le juge communautaire ou peut être invoquée par les parties à tout moment de la procédure.

Depuis la création de la Cour de justice, la plupart des avocats généraux ne conteste pas ce caractère d'ordre public des délais de recours. Par exemple, dans ses conclusions sous l'affaire *Simet*⁵⁶⁷, l'avocat général Gand estimait que les délais de recours sont d'ordre public et même tout ce qui les concerne, quant à leur calcul et aux délais de distance⁵⁶⁸.

Si la jurisprudence communautaire a consacré principalement le caractère d'ordre public du délai du recours en annulation prévu par l'article 230 CE, il ne fait aucun doute que les autres délais de recours prévus par le droit communautaire le sont également.

Ce caractère est également observé dans le contentieux de la **fonction publique** européenne. Aux termes de l'article 91 du statut des fonctionnaires, la Cour de justice est compétente pour statuer sur tout litige entre les Communautés et toute personne visée au statut et portant sur la légalité d'un acte faisant grief à cette personne. Le recours doit être formé dans un délai de trois mois, qui court du jour de la notification de la décision prise en réponse à la réclamation⁵⁶⁹. La fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'expiration des délais de

⁵⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1967, *Anne Collignon/Commission*, c-4/67, *Rec.* 1967, p. 469. Voir en ce sens arrêts de la Cour du 5 juin 1980, *Belfiore/Commission*, c-108/79, *Rec.* p. 1769, § 3, et du 12 juillet 1984, *Moussis/Commission*, c-227/83, *Rec.* 1984, p. 3133, § 12 ; arrêt du Tribunal du 13 décembre 1990, *Moritz/Commission*, t-29/89, *Rec.* 1990, p. II-787, § 13.

⁵⁶⁷ C.J.C.E., arrêt du 2 mars 1967, *Simet e.a./Haute Autorité*, c-25/65, *Rec.* 1967, p. 39.

⁵⁶⁸ Il faut cependant noter que l'avocat général n'a pas présenté des motifs tirés du droit communautaire pour justifier sa constatation : il s'est inspiré du droit national des Etats membres (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Simet e.a./Haute Autorité*, arrêt du 2 mars 1967, c-25/65, *Rec.* 1967, p. 45).

⁵⁶⁹ En effet, l'intention des auteurs de ces textes était de ne pas obliger les fonctionnaires à intenter, au même moment, un recours gracieux devant l'administration communautaire et un recours contentieux devant la Cour de

recours contentieux trouve bien sûr à s'appliquer dans ce cadre. Dans l'affaire *Myriannne Coen/Belgique*⁵⁷⁰, la Cour a ainsi décidé qu'« [i]l est de jurisprudence constante que les délais de réclamation et de recours, dans le cadre du statut, de même que les recours au titre de l'article 173 (devenu 230) du traité, sont d'ordre public »⁵⁷¹.

Ce délai n'est pas non plus à la disposition des parties⁵⁷². Il ne peut être interrompu ou prolongé qu'en vertu d'un texte de droit communautaire. Dans ce contexte, la Cour a considéré que le pouvoir de tout fonctionnaire de demander à l'autorité investie du pouvoir de nomination de prendre à son égard une décision, ne permet pas à ce fonctionnaire d'écarter les délais prévus par les articles 90 et 91 en mettant indirectement en cause, par le biais d'une demande, une décision antérieure qui n'avait pas été contestée dans les délais : « [n]i une réclamation ni une demande ne sont susceptible d'ouvrir à leur auteur un nouveau délai de recours lorsqu'elles portent sur la légalité d'un acte qu'il s'est abstenu d'attaquer dans les délais prévus »⁵⁷³.

justice, pour éviter la forclusion. Voir dans ce sens C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1965, *Fonzi/Commission CEEA*, *Rec.* 1965, p. 615.

⁵⁷⁰ C.J.C.E., arrêt du 23 janvier 1997, *Coen/État belge*, c-246/95, *Rec.* 1997, p. 403.

⁵⁷¹ C.J.C.E., *Coen/État belge*, précité, § 21. Voir en ce sens C.J.C.E., arrêts du 12 juillet 1984, *Moussis/Commission*, c-227/83, *Rec.* 1984, p. 3133, et du 7 mai 1986, *Barcella e.a./Commission*, c-191/84, *Rec.* 1986, p. 1541.

⁵⁷² C.J.C.E., arrêt du 17 février 1972, *Richez-Parise/Commission*, c-40/71, *Rec.* 1972, p. 73. En ce qui concerne les agents de la Banque européenne d'investissement, l'article 236 CE ne prévoit aucun délai pour les recours formés par ces derniers et se contente de renvoyer aux « limites et conditions déterminées au statut ou résultant du régime applicable aux agents de la Communauté ». D'ailleurs le règlement du personnel de la B.E.I. se limite, en son article 41 relatif aux voies de recours, à énoncer la compétence de la Cour et du Tribunal, en vertu de l'article 3 de la décision 88/591, sans préciser de délai pour l'introduction des recours concernant les litiges entre la Banque et ses agents. Dans l'affaire *Dunnet*, le Tribunal de première instance a récemment comblé cette lacune, en admettant que les agents de la B.E.I. sont en droit de demander l'annulation d'une décision leur faisant grief dans un délai raisonnable. Toutefois, il n'a pas précisé la durée de ce délai, mais a laissé comprendre qu'il se situera dans les trois mois, comme dans le domaine du statut des fonctionnaires : « Pour apprécier si, en l'espèce, les requérants ont introduit leur recours dans un délai raisonnable, il convient de s'inspirer des conditions relatives aux délais de recours définies par les articles 90 et 91 du statut » (T.P.I., arrêt du 6 mars 2001, *Dunnett e.a./BEI*, t-192/99, *Rec.* 2001, p. II-813). Ce délai, même si le juge communautaire ne s'est pas prononcé sur son caractère, doit être considéré comme d'ordre public communautaire. Le caractère d'ordre public de ce délai peut s'expliquer par les mêmes raisons que celles qui sont à la base des délais de recours en matière du statut des fonctionnaires européens, compte tenu du fait qu'il tend à préserver les situations juridiques de ces fonctionnaires. Voir dans ce sens l'affaire *Dunnett*, précité, § 52.

⁵⁷³ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1965, *Bauer/Commission*, c-12/65, *Rec.* 1965, p. 1239. Ce constat n'est pas affecté par le fait que l'institution peut examiner ces demandes tardives au fond. Ceci ne pourrait pas reconstituer un droit de recours définitivement périmé (C.J.C.E., arrêts du 12 juillet 1984, *Moussis/Commission*, c-227/83, *Rec.* 1984, et du 17 novembre 1965, *Collotti/Cour de justice*, c-20/65, *Rec.* 1965, p. 1045, et du 7 juillet 1971,

Le caractère d'ordre public des délais de recours se manifeste ensuite dans le cadre du recours en **carence**. Aux termes de l'article 232 CE, le recours en carence doit être formé dans un délai de deux mois qui commence à courir de la date du refus de prendre position par l'institution communautaire, si elle a été invitée à agir par le requérant, ou après l'écoulement de deux mois à compter de cette invitation sans qu'elle ait pris position. Dans l'affaire *Sodima*, en approuvant un arrêt du Tribunal de première instance rejetant la recevabilité d'un recours en carence pour expiration de délais de recours, la Cour a constaté qu'un requérant « ne saurait invoquer le principe du respect de la confiance légitime pour remédier à l'expiration des délais de recours qui présentent un caractère d'ordre public, en sorte qu'il n'appartient pas aux parties de les fixer à leur convenance »⁵⁷⁴.

En ce qui concerne le recours en **manquement**, le traité n'a pas précisé le délai dans lequel la saisine de la Cour doit être effectuée⁵⁷⁵. Le traité est muet à cet égard et il semble que la Cour a laissé à la Commission toute liberté d'appréciation du choix : « attendu qu'il appartient à la Commission, en vertu de l'article 169(devenu 226) du traité, d'apprécier le choix du moment auquel elle introduit une action devant la Cour, les considérations qui déterminent ce choix ne pouvant affecter la recevabilité de l'action, laquelle obéit seulement à des règles objectives »⁵⁷⁶. La non-fixation d'un tel délai est destinée, en effet, à laisser à la Commission le pouvoir d'apprécier les moyens et les délais les plus appropriés en vue de mettre fin aux

Müllers/CES, c-79/70, *Rec.* 1971, p. 689, et arrêt du tribunal du 25 septembre 1991, Lacroix/Commission, t-54/90, *Rec.* 1991, p. II. 749).

⁵⁷⁴ C.J.C.E., ordonnance du 13 décembre 2000, *Sodima/Commission*, c-44/00, *Rec.* 2000, p. 11231. Voir en ce sens T.P.I., arrêt du 6 mai 1997, *Guérin automobiles/Commission*, t-195/95, *Rec.* 1997, p. II-679.

⁵⁷⁵ Il n'y en général pas de limitation de délai dans le cadre du recours en manquement, qu'il soit formé par la Commission ou par un Etat membre.

⁵⁷⁶ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1968, *Commission/Italie*, c-7/68, *Rec.* 1968, p. 617. Voir également C.J.C.E., arrêt du 1 juin 1994, *Commission/Allemagne*, c-317/92, *Rec.* 1994, p. 2039. Il conviendra cependant d'observer que, la Cour peut admettre l'irrecevabilité du recours en manquement dans le cas où un délai excessif aurait pour conséquence de perturber les droits de défense du requérant (C.J.C.E., arrêt du 16 mai 1991, *Commission/Pays-Bas*, c-96/89, *Rec.* 1991, p. 2461).

manquements des Etats membres⁵⁷⁷. Ainsi, le moyen d'ordre public relatif aux délais de recours ne pourra pas être appliqué dans le cadre du recours en manquement.

Le même constant vaut pour l'exception d'illégalité qui selon la Cour ne peut être soumise à une condition de délai. Toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement, se prévaloir des moyens prévus à l'article 230, deuxième alinéa, du traité CE pour invoquer devant la Cour l'inapplicabilité de ce règlement, sans pouvoir être contrainte par les délais de recours⁵⁷⁸. La forclusion du recours en annulation ne peut constituer un motif d'irrecevabilité de l'exception d'illégalité que si cette dernière est invoquée devant la juridiction nationale, mais dans ce cas, elle ne pourra fonder qu'un moyen d'irrecevabilité du droit national⁵⁷⁹.

Est aussi en dehors du champ d'application du moyen d'ordre public relatif à l'expiration des délais de recours contentieux, le recours en **indemnité**. Il n'existe pas en droit communautaire un délai pour former un recours en indemnité. Ce dernier est uniquement soumis à un délai de prescription de cinq ans⁵⁸⁰. L'expiration du délai de recours en annulation d'un acte communautaire ne fait pas obstacle à la possibilité pour les intéressés de former un recours en indemnité contre la Communauté, à la condition qu'il soit formé dans les cinq années qui suivent la survenance du fait qui y donne lieu⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1971, *Commission/France*, c-7/71, *Rec.* 1971, p. 1003. Dans cette affaire, la Cour a constaté que « le fait, par la Commission, de n'avoir introduit son recours qu'après un délai prolongé, ne saurait avoir pour conséquence de régulariser un manquement qui aurait persisté ».

⁵⁷⁸ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 2003, *Commission/BCE*, c-11/00, *Rec.* 2003, p. 7147.

⁵⁷⁹ Voir pour plus de détails sur cette question, voir *infra*, chapitre V, section 2, p. 278.

⁵⁸⁰ Article 46 du statut de la Cour de justice.

⁵⁸¹ C.J.C.E., ordonnance du 21 juin 1993, *Van Parijs e.a./Conseil et Commission*, c-257/93, *Rec.* 1993, p. 3335. Cependant, cette recevabilité est liée à la condition que le recours en indemnité ne tende pas en réalité à annuler les effets d'actes prétendument illégaux (voir les arrêts de la Cour du 28 avril 1971, *Luetticke/Commission*, c-4/69, *Rec.* 1971, p. 325, et du 26 février 1986, *Krohn/Commission*, c-175/84, *Rec.* p. 753, points 30 et 33).

Enfin, il est manifeste qu'en vertu du droit communautaire, le renvoi **préjudiciel**, qu'il soit en interprétation ou en appréciation, n'est soumis à aucune restriction de délai, compte tenu de ce que ce type de renvoi n'affecte pas directement les situations juridiques des justiciables et, par conséquent, ne met pas en cause le principe de sécurité juridique.

B) Le fondement du caractère d'ordre public des délais de recours

En principe, le caractère d'ordre public des délais de recours reflète leur importance non seulement pour les institutions communautaires mais aussi pour les justiciables. En matière administrative, les délais de recours traduisent, en réalité, une exigence qui tient à la considération qu'il est d'intérêt général que le sort des décisions de la puissance publique soit fixé aussitôt que possible. La forclusion doit être rapidement encourue et sans possibilité de régularisation, afin de garantir la sécurité des justiciables⁵⁸².

L'exigence d'un délai dans lequel le recours en annulation doit être exercé est destinée à assurer la stabilité des situations de droit résultant des décisions administratives⁵⁸³. Il est indispensable pour éviter les troubles dans l'ordonnement juridique, et pour que les situations de droit ne puissent être indéfiniment remises en cause. Le délai du recours en annulation a été imposé pour éviter toute incertitude prolongée ou une annulation tardive qui remette en cause les conditions de l'action administrative⁵⁸⁴.

L'activité normative communautaire ne saurait s'accommoder non plus d'un droit des justiciables à toujours contester la validité de ces décisions. Il est donc conforme à la nécessité du bon fonctionnement des institutions communautaires que le recours exercé devant le juge

⁵⁸²René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 3^e éd, Paris, Montchrestien, 1991, p. 557.

⁵⁸³ Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. II, p. 184. Voir dans ce sens, concl. Jean Donnedieu de Vabres sous C.E. 28 mars 1952, Piteau, Martin, *R.D.P.*, 1952, p. 498.

⁵⁸⁴ Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif, précité*, p. 283. Le fondement de la forclusion n'est pas seulement la négligence du titulaire du droit d'action, mais il s'agit également la protection de la personne contre laquelle l'action est ouverte (Mohamed Abdel-Khalek Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, précité*, p. 176).

communautaire soit enfermé dans un bref délai. Ceci permet effectivement à l'institution concernée de garantir, à l'expiration d'un certain délai, qu'elle saura clairement quels éléments devenus inattaquables elle peut insérer dans ses prévisions⁵⁸⁵.

Ces exigences apparaissent dans les termes des arrêts de la Cour de justice qui a déclaré à plusieurs reprises que le délai du recours en **annulation** vise à assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques⁵⁸⁶ et que, par conséquent, il est d'ordre public communautaire⁵⁸⁷. La règle des délais de recours est, en principe, une application indirecte du principe de sécurité juridique en droit communautaire⁵⁸⁸, un principe fondamental de ce droit⁵⁸⁹, considéré par la Cour de justice comme une règle de droit supérieure⁵⁹⁰.

Il en va de même pour le délai de recours en matière de **statut des fonctionnaires** européens. Dans l'affaire *Richez-Parise*⁵⁹¹, la Cour a décidé que « [l]es deux délais combinés de l'article 91 ont pour but d'assurer, au sein des institutions communautaires, la sécurité juridique

⁵⁸⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Collotti/Cour de justice*, arrêt du 17 novembre 1965, c-20/65, *Rec.* 1965, p. 1055. Voir en ce sens C.J.C.E., arrêts du 12 octobre 1978, *Commission/Belgique*, c-156/77, *Rec.* 1978, p. 1881, et du 12 juillet 1984, *Moussis/Commission*, c-227/83, *Rec.* 1984, p. 3133.

⁵⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 12 octobre 1978, *Commission/Belgique*, c-156/77, *Rec.* 1978, p. 1881 ; arrêt du 12 juillet 1984, *Moussis/Commission*, c-227/83, *Rec.* 1984, p. 3133.

⁵⁸⁷ C.J.C.E., arrêt du 7 juillet 1971, *Müllers/CES*, c-79/70, *Rec.* 1971, p. 689, et arrêt du 12 décembre 1967, *Anne Collignon/Commission*, c-4/67, *Rec.* 1967, p. 469.

⁵⁸⁸ Jürgen Schwarze, *précité*, p. 1087.

⁵⁸⁹ C.J.C.E., arrêt du 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T./Haute Autorité*, c-42/59, *Rec.* 1961, p. 103, et arrêt du 5 mai 1981, *Dürbeck/Hauptzollamt Frankfurt*, c-112/80, *Rec.* 1981, p. 1095. Ce principe est déduit de la qualité de la Communauté en tant que Communauté de droit (Jürgen Schwarze, *précité*, p. 913).

⁵⁹⁰ C.J.C.E., arrêt du 14 mai 1975, *CNTA/Commission*, c-74/74, *Rec.* 1975, p. 533. Ce principe se voit reconnaître la primauté tant par rapport aux règles communautaires que par rapport aux actes administratifs. Les différents actes juridiques communautaires sont tous susceptibles de faire l'objet, sans exception, d'un contrôle de légalité exercé par la Cour au regard du principe de sécurité juridique (Jürgen Schwarze, *précité*, p. 989).

⁵⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1972, *Richez-Parise/Commission*, c-40/71, *Rec.* 1972, p. 73.

*indispensable à leur bon fonctionnement ; qu'il ne saurait dès lors appartenir aux parties intéressés de les prolonger à leur convenance »*⁵⁹².

Dans le cadre du recours en **carence**, le caractère d'ordre public de cette fin de non-recevoir peut s'expliquer par les mêmes raisons que précédemment. C'est toujours le principe de sécurité juridique qui est en jeu, même si la Cour ne l'a pas dit expressément. En réalité, le recours en carence consiste en une demande d'annulation introduite contre la décision de refus implicite ou expresse de l'institution de prendre position à l'égard du requérant. Cette décision, même implicite, entraîne des conséquences juridiques différentes qui affectent la situation juridique du requérant ou le plus souvent d'autres intéressés. Donc, pour des raisons d'intérêt général, ces situations ne doivent pas être sous le coup d'une menace permanente.

L'imposition d'un délai de recours constitue, en réalité, un compromis entre deux principes fondamentaux de l'Etat de droit : le principe de légalité, qui exige que toute violation de la loi soit éliminée, et le principe de sécurité juridique, qui s'oppose à ce que la régularité d'un acte administratif soit contestée en tout temps⁵⁹³. Selon Michel Leroy, « entre les exigences contradictoires de ces deux principes, aucune balance de pharmacien ne peut établir la juste mesure. Le choix est fondamentalement politique »⁵⁹⁴. Ces principes doivent également être mis en balance avec le droit du justiciable à une protection juridictionnelle effective, qui

⁵⁹² C.J.C.E., Richez-Parise/Commission, précité, § 6 et 7. Il faut noter que, avant que le statut des fonctionnaires européens ne soit arrêté, les recours de fonctionnaires dans le cadre des traités CECA et CE n'étaient soumis à aucune restriction de délai. La Cour à l'époque, dans l'affaire *Mirossevich/Haute Autorité*, avait refusé d'appliquer, par analogie, le délai prévu par l'article 33 CECA en matière des recours en annulation formés dans le cadre du traité (C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1956, *Mirossevich/Haute Autorité*, c-10/55, *Rec.* 1955, p. 365). Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général a souligné expressément cette lacune : « sans doute y a-t-il une grave lacune, étant donné que le caractère autonome du droit du traité interdit évidemment l'application de dispositions générales empruntées aux législations nationales : il appartiendra au règlement que la Cour doit établir en exécution de l'article 58 du statut du personnel de combler cette lacune » (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Mirossevich/Haute Autorité*, arrêt du 12 décembre 1956, *Rec.* 1955, p. 365. sp. p. 399).

⁵⁹³ Le principe de sécurité juridique étant un principe général de l'Etat de droit communautaire, se trouve le plus souvent confronté à d'autres principes, ce qui exige toujours une mesure de l'importance respective des intérêts en cause (Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, précité, p. 913).

⁵⁹⁴ Michel Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 446. L'auteur constate cependant que le choix actuel privilégie la protection de la sécurité juridique.

compte parmi les principes généraux du droit communautaire⁵⁹⁵, et qui implique que le justiciable doit pouvoir disposer d'un délai suffisant pour évaluer la légalité de l'acte lui faisant grief et préparer sa requête⁵⁹⁶.

On doit également faire remarquer que, si la protection des situations juridiques des justiciables est la raison principale qui justifie le caractère d'ordre public des délais de recours, d'autres raisons peuvent aussi être à la base de ce caractère. En effet, l'attribution du caractère d'ordre public aux délais de recours, selon la Cour de justice, est aussi destinée à éviter toute discrimination ou traitement arbitraire dans l'administration de la justice⁵⁹⁷. Obliger le juge communautaire à constater l'irrecevabilité lorsque le recours est tardif, même en cas de la carence des parties à la soulever, implique que le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire quant à l'applicabilité des délais de recours.

La nature absolue du caractère d'ordre public des délais de recours s'impose de manière inexorable. L'irrecevabilité du recours pour dépassement du délai doit être absolument prononcée par le juge communautaire, même si le requérant prouve qu'il ne connaissait pas l'existence de ce délai et même s'il ne savait pas qu'il avait droit à intenter un tel recours⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ T.P.I., ordonnance du 30 mars 2000, Méndez Pinedo/BCE, t-33/99, *Rec.* 2000, p. II-273.

⁵⁹⁶ T.P.I., arrêt du 6 mars 2001, Dunnett e.a./BEI, t-192/99, *Rec.* 2001, p.II-813. Dans ce cadre, il faut observer que la Cour est constante à considérer que le droit au juge n'est pas atteint par la mise en œuvre des délais de recours : « *[d]ans la mesure où la requérante se prévaut du droit à une protection juridictionnelle effective, il y a lieu d'indiquer que ce droit n'est nullement affecté par l'application stricte des réglementations communautaires concernant les délais de procédure, laquelle, selon une jurisprudence constante, répond à l'exigence de la sécurité juridique* » (C.J.C.E., ordonnance du 17 mai 2002, Allemagne/Parlement et Conseil, c-406/01, *Rec.* 2002, p. 4561). Voir notamment en ce sens, arrêt du 26 avril 1994, Roquette Frères, c-228/92, *Rec.* p. 1445, § 27.

⁵⁹⁷ C.J.C.E., ordonnance du 7 mai 1998, Irlande/Commission, c-239/97, *Rec.* 1998, p. 2655. et ordonnance du 17 mai 2002, Allemagne/Parlement et Conseil, c-406/01, *Rec.* 2002, p. 4561.

⁵⁹⁸ Dans l'ordonnance *Guérin automobiles/Commission*, la Cour a précisé que les délais de recours commencent à courir après la date précisée et que nul n'est censé ignorer la loi (C.J.C.E., ordonnance du 5 mars 1999, c-154/98, *Rec.* 1999, p. 1451).

D'ailleurs, dans l'affaire *Misset*⁵⁹⁹, la Cour a refusé de tenir compte de considérations tirées de l'équité pour déclarer recevable un recours dont la tardiveté était d'un seul jour⁶⁰⁰.

Il faut également noter qu'il est de jurisprudence constante que la régularisation prévue par l'article 38, paragraphe 7, du règlement de procédure de la Cour⁶⁰¹ ne peut pas s'appliquer aux délais de recours, parce que cet article ne régit que les délais procéduraux applicables à l'instance judiciaire⁶⁰².

Enfin, en ce qui concerne la relation du moyen d'ordre public relatif à l'expiration des délais de recours avec les moyens d'ordre public relatifs à l'illégalité, il convient de préciser que le moyen d'ordre public relatif à l'expiration du délai de recours ne saurait être écarté en raison de l'invocation d'un autre moyen d'ordre public relatif à l'illégalité externe ou interne de l'acte communautaire⁶⁰³. Par exemple, dans l'affaire *Kortner*, la Cour a considéré que le défaut de motivation peut être constitutif d'un vice susceptible d'aboutir à l'annulation de la décision si on le fait valoir dans les délais, mais il ne peut en aucun cas empêcher l'expiration du délai de recours⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ C.J.C.E., arrêt du 15 janvier 1987, *Misset/Conseil*, c-152/85, *Rec.* 1987, p. 223.

⁶⁰⁰ C.J.C.E., *Misset/Conseil*, précité, § 11. Dans un autre cas, la Cour a considéré que l'introduction d'un recours collectif ne saurait remédier à la tardiveté du recours car les délais s'apprécient au regard de chaque requérant (C.J.C.E., arrêt du 4 juillet 1985, *Delhez/Commission*, c-264/83, *Rec.* 1985, p. 2179).

⁶⁰¹ L'article prévoit que « [s]i la requête n'est pas conforme aux conditions énumérées aux paragraphes 3 à 6 du présent article, le greffier fixe au requérant un délai raisonnable aux fins de régularisation de la requête ou de production des pièces mentionnées ci-dessus. A défaut de cette régularisation ou de cette production dans le délai imparti, la Cour décide, l'avocat général entendu, si l'inobservation de ces conditions entraîne l'irrecevabilité formelle de la requête ».

⁶⁰² C.J.C.E., arrêt du 5 avril 1979, *ALA et ALFER/Commission*, c-220/78, *Rec.* 1979, p. 1693. Dans ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général, estime que l'article 38 du règlement traite des conditions formelles de recours, et non pas des délais dans lesquels ils doivent être introduits. Le pouvoir conféré au greffier par le paragraphe 7 de cet article ne s'étend pas du tout à la matière des délais de recours (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *ALA et ALFER/Commission*, précité, *Rec.* 1979, p. 1680).

⁶⁰³ Jürgen Schwarze, *précité*, p. 1090.

⁶⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 21 février 1972, *Kortner e.a./Conseil e.a.*, c-15/73, *Rec.* 1974, p. 196. Ceci n'est pas applicable en matière de délais de procédure judiciaire, où le moyen d'ordre public de fond peut être invoqué à tout moment de la procédure sans être déclaré forclo (C.J.C.E., arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, c-166/95, *Rec.* 1997, p. 983).

Sous-section 2. Les délais de pourvoi ou de révision

§ 1^{er}. Le délai de pourvoi contre les décisions du T.P.I.

Sont d'ordre public en droit communautaire non seulement les délais de recours pour saisir le juge communautaire de premier degré, mais également, ceux fixés par les textes communautaires pour former un pourvoi contre la décision de ce dernier. On doit préciser que cette question ne peut concerner, en droit communautaire, que le pourvoi contre les décisions du Tribunal de première instance devant la Cour de justice⁶⁰⁵.

Selon l'article 56 du statut de la Cour de justice, « un pourvoi peut être formé devant la Cour, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée, contre les décisions du Tribunal mettant fin à l'instance, ainsi que contre ses décisions qui tranchent partiellement le litige au fond ou qui mettent fin à un incident de procédure portant sur une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité ».

Les délais de pourvoi en droit communautaire, comme les délais de recours eux-mêmes, sont d'ordre public. Leur inobservation peut être soulevée d'office par le juge communautaire ou invoquée par l'une des parties. Dans l'ordonnance *Artegodan*, la Cour a décidé que « *le pourvoi, dont l'introduction est soumise à une condition de délai d'ordre public, tend à l'annulation rétroactive de l'ordonnance déférée, et ce à l'issue d'un contrôle juridictionnel complet, même s'il est limité à des questions de droit* »⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Ne saurait être assimilée à un pourvoi, la possibilité du requérant de demander à tout moment, en application de l'article 108 du règlement de procédure du Tribunal de première instance, de modifier ou de rapporter son ordonnance par suite du changement des circonstances ayant présidé à son édicton. Dans l'affaire *Commission/Artegodan*, la Cour a décidé qu'« [i]l ne saurait en effet y avoir de risque de substitution entre une demande présentée au titre de l'article 108 du règlement de procédure du Tribunal et un pourvoi dès lors que ces deux voies de droit se distinguent à la fois par leur objet, leurs effets et leurs conditions d'application » (c-440/01, *Rec.* 2002, p. 1489, § 67).

⁶⁰⁶ C.J.C.E., ordonnance du 14 février 2002, *Commission/Artegodan*, c-440/01, *Rec.* 2002, p. 1489.

Si la protection effective des justiciables doit leur permettre d'avoir accès à un double degré de juridiction, ceci ne doit pas autoriser que les situations juridiques établies suite à un arrêt du Tribunal de première instance restent pour longtemps instables et à la merci d'un jugement contraire du deuxième degré. La nécessité de protection de la sécurité juridique des justiciables exige, encore une fois, que le pourvoi contre les décisions du Tribunal de première instance soit limité dans le temps.

Il faut également noter que le caractère d'ordre public du délai de pourvoi en droit communautaire n'empêche pas le requérant de changer, après l'introduction de son pourvoi, les motifs qu'il invoque, tant que le délai de pourvoi n'est pas expiré⁶⁰⁷.

§ 2. Le délai des demandes en révision

En ce qui concerne les délais des demandes en révision des arrêts rendus par le juge communautaire, leur inobservation doit être considérée également comme étant d'ordre public, même si la Cour de justice n'a pas pris une position claire à ce sujet. Selon l'article 41, premier alinéa, du statut de la Cour, une demande en révision doit se fonder sur la découverte d'un ou de plusieurs faits nouveaux qui sont de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, étaient inconnus de la Cour et de la partie qui demande la révision. En effet, ce n'est qu'après que la juridiction saisie constate l'existence d'un fait nouveau, lui reconnaît les caractères qui permettent l'ouverture de la procédure en révision et déclare de ce chef la demande recevable, qu'elle peut examiner l'affaire au fond⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 27 juin /2002, Simon/Commission, c-274/00, *Rec.* 2002, p. 5999.

⁶⁰⁸ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, DSM/Commission, c-5/93, *Rec.* 1999, p. 4695.

En vertu de l'article 98 du règlement de procédure de la Cour, la révision d'un arrêt doit être demandée au plus tard dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la démarche de la révision est basée⁶⁰⁹. Il est de jurisprudence constante que la demande en révision doit être déclarée irrecevable lorsqu'elle est tardive⁶¹⁰.

On ne perdra pas de vue que ce délai est conçu pour les mêmes raisons d'intérêt général que les délais de recours. Cette opinion est bien exprimée par l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt *Richez-Parise* : « *dès lors que l'introduction du recours est régie par la règle que les parties n'ont pas le droit de disposer de leur gré des délais, il est évident qu'il doit en être de même en matière de révision, matière dans laquelle le principe de l'autorité de la chose jugée est battu en brèche et dans laquelle l'impératif de la sécurité juridique acquiert indubitablement une importance toute particulière* »⁶¹¹.

En effet, la demande en révision doit être assimilée au pourvoi, en ce qu'elle peut aboutir à un arrêt affectant l'autorité de la chose précédemment jugée par les juges communautaires. Dès lors, pour des raisons de protection de la sécurité juridique des justiciables, la déchéance résultant de l'expiration des délais de révision des arrêts du juge communautaire doit être reconnue comme étant d'ordre public communautaire.

⁶⁰⁹ Aux termes de l'article 125/2 du règlement de procédure du tribunal de première instance : « Sans préjudice du délai de dix ans prévu aux articles 41 troisième alinéa du statut CE, 38 troisième alinéa du statut CECA et 42 troisième alinéa du statut CEEA, la révision est demandée au plus tard dans un délai de trois mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance du fait sur lequel la demande en révision est fondée ».

⁶¹⁰ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1972, *Richez-Parise/Commission*, c-40/71, *Rec.* 1972, p. 73.

⁶¹¹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Richez-Parise/Commission*, c-40/71, *Rec.* 1972, p. 87.

Sous-section 3. Les délais de réclamation

§ 1^{er}. La notion de réclamation en droit communautaire

La réclamation est, en principe, un recours gracieux formé par l'administré et adressé à l'auteur de l'acte d'une décision administrative lui demandant de revenir sur sa décision⁶¹². Ce recours administratif n'a aucun des caractères des recours contentieux ; l'administration n'est pas tenue de statuer sur le recours et si elle modifie sa première décision, elle fait ainsi naître une nouvelle décision⁶¹³.

A) La réclamation des fonctionnaires européens

Le droit communautaire n'établit pas un système de réclamation administrative au bénéfice des administrés européens contre les actes communautaires. La seule possibilité de réclamation administrative est prévue au profit de ceux qui sont liés à l'institution communautaire par un lien statutaire. En vertu de l'article 90, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires européens, ces derniers peuvent saisir l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une réclamation dirigée contre un acte leur faisant grief, soit que ladite autorité ait pris une décision, soit qu'elle se soit abstenue de prendre une mesure imposée par le statut⁶¹⁴.

⁶¹² André de Laubadère, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1984, T.I., p. 273.

⁶¹³ Francis-Paul Bénéot, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 373.

⁶¹⁴ L'acte faisant grief au requérant est la décision qui détermine les fonctions auxquelles le fonctionnaire ou l'agent temporaire est nommé et qui arrête définitivement le classement correspondant (C.J.C.E., arrêts du 4 avril 1987, Pressler-Hoeft/Cour des comptes, c-255/85, *Rec.* 1987, p. 513 et du 18 juin 1981, Blasig/Commission, c-173/80, *Rec.* 1981, p. 1649, et du 7 mai 1986, Barcella/Commission, c-191/84, *Rec.* 1986, p. 1541). Voir aussi l'affaire *Hochstrass/Cour de justice*, où la Cour a décidé, à propos d'un acte de caractère général destiné à être mis en oeuvre au moyen d'une série de décisions individuelles affectant de nombreux fonctionnaires d'une institution, que la non-application de cette mesure d'ordre général à un cas particulier ne saurait être considérée comme une décision, même implicite, de rejet telle que prévue par l'article 90/1 et donc qu'elle ne fait pas courir les délais de réclamation (C.J.C.E. arrêt du 16 octobre 1980, c-147/79, *Rec.* 1980, p. 3005).

Une réclamation au sens de cet article doit manifester clairement la volonté de l'intéressé d'attaquer la décision de l'institution communautaire. Ainsi, une demande de reclassement est, aux yeux de la Cour de justice, une réclamation administrative⁶¹⁵. La Cour a également considéré qu'une lettre de l'avocat du requérant suffisait à constituer une réclamation dès lors que ce document exprimait l'intention de l'intéressé de dénoncer une violation de ses droits⁶¹⁶.

Cette réclamation doit être distinguée de la demande visée à l'article 90, paragraphe 1, du statut des fonctionnaires européens⁶¹⁷, qui dispose que : « toute personne visée au présent statut peut saisir l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une demande l'invitant à prendre à son égard une décision ». En principe, cette procédure permet, et favorise même, un règlement amiable du différend surgi entre les fonctionnaires ou agents et l'institution communautaire. Cette procédure présente un double intérêt, l'un pour la Cour de justice, l'autre pour le fonctionnaire. D'une part, pour la Cour de justice, cette procédure permet d'éviter l'encombrement de son prétoire. D'autre part, pour le fonctionnaire, un règlement à l'amiable est toujours préférable à la possibilité de perdre son procès devant la Cour de justice.

L'importance de la procédure de réclamation tient également à la limitation de l'objet du litige. Il a été décidé que, « dans les recours de fonctionnaires, les conclusions présentées devant la Cour ne peuvent avoir que le même objet que celles exposées dans la réclamation et, d'autre part, ne contenir que des chefs de contestation reposant sur la même cause que ceux

⁶¹⁵ C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1986, Barcella/Commission, c-191/84, *Rec.* 1986, p. 1541. Voir également arrêt du 26 septembre 1985, Valentini/Commission, c-231/84, *Rec.* 1985, p. 3027. Dans cette affaire, la Cour a considéré que la lettre envoyée par le requérant visant à ce que son classement, intervenu en 1975 au grade LA8 échelon 2, soit modifié avec effet rétroactif, ne constitue pas une réclamation aux yeux de la Cour.

⁶¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1986, Schwiering/Cour des comptes, c-142/85, *Rec.* 1986, p. 3177.

⁶¹⁷ C.J.C.E., arrêt du 21 mai 1981, Reinartz/Commission, c-29/80, *Rec.* 1981, p. 1311. Cette demande n'est soumise à aucun délai et, par conséquent, elle ne peut donner lieu à aucun moyen d'ordre public.

invoqués dans la réclamation »⁶¹⁸. Il s'ensuit que les moyens, n'ayant pas été formulés dans la réclamation administrative préalable, doivent être déclarés irrecevables⁶¹⁹.

B) Le recours préalable au recours en carence

Est assimilée à une réclamation, la saisine de l'institution communautaire dans le cadre du recours en carence. En vertu de l'article 232, § 2, CE, le recours en carence n'est recevable devant la Cour de justice que si l'institution en cause a été préalablement invitée à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois⁶²⁰.

§ 2. Le caractère d'ordre public des délais de réclamation

La réclamation des **fonctionnaires** européens, en vertu de l'article 90, § 2, du statut, est soumise à une condition de délai : elle doit être exercée dans un délai préfix de trois mois. Ce délai court du jour de la publication de l'acte ou de sa notification. L'acte mentionné par cet article est la décision originelle faisant grief au requérant et non une décision confirmative de la décision initiale.

⁶¹⁸ C.J.C.E., arrêt du 20 mai 1987, Geist/Commission, c-242/85, *Rec.* 1987, p. 2181.

⁶¹⁹ Le moyen d'irrecevabilité qui peut être formulé sur le fondement de cette règle est incontestablement d'ordre public communautaire, puisqu'il concerne la concordance entre la réclamation et le recours, ce qui constitue une question d'ordre public. Dans l'affaire *Alexandrakis/Commission*, le Tribunal a considéré que « l'examen d'office de cette question se justifie en particulier au regard de la finalité, même de la procédure administrative, telle qu'elle a été définie dans une jurisprudence constante et, en dernier lieu, par l'arrêt du 14 mars 1989, aux termes duquel la procédure précontentieuse a pour objet de permettre un règlement amiable des différends survenus entre les fonctionnaires ou agents et l'administration. Pour qu'une telle procédure puisse atteindre son objectif, il faut que l'autorité investie du pouvoir de nomination soit en mesure de connaître de façon suffisamment précise les critiques que les intéressés formulent à l'encontre de la décision contestée » (Arrêt du 29 mars 1990, t-57/89, *Rec.* 1990, p. II-143). Voir en ce sens arrêt du Tribunal du 17 décembre 2003, *Pravir Kumar Chawdhry/Commission*, t-133/02, *Rec.* 2003, p. II-1617. et arrêt de la Cour du 14 mars 1989, *Casto del Amo Martinez/Parlement*, c-133/88, *Rec.* 1988, p. 1.

⁶²⁰ Voir pour la même règle dans le traité CECA l'article 35, § 1^{er}, et l'article 148, § 2, dans le traité CEEA.

Ce délai ne s'applique devant le juge communautaire que s'il est saisi d'un recours fondé sur l'article 235 CE. Ainsi, la Cour a décidé que, dans le cadre d'un recours fondé sur l'article 209 CE et sur une clause compromissoire d'un contrat de droit public passé par la Communauté, la relation contractuelle n'était pas soumise à un tel délai. L'existence d'une réclamation tardive ne permettait pas au juge communautaire de déclarer le recours irrecevable⁶²¹.

Selon la Cour de justice, les délais de réclamation ne contredisent ni le principe du droit de toute personne à un procès équitable établie par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni le principe de non-discrimination. Le fait que des agents communautaires sont soumis à un régime de droit communautaire, à la différence des autres salariés travaillant dans le pays de leur affectation, ne saurait être considéré comme un traitement discriminatoire⁶²².

Le délai de trois mois pour introduire une réclamation contre un acte faisant grief, prévu par les articles 90 et 91 du statut, est considéré par la Cour de justice comme d'ordre public communautaire. Ce délai n'est pas à la disposition des parties ou du juge, dans la mesure où il a été institué en vue d'assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques. C'est la raison pour laquelle une fin de non-recevoir peut être opposée par les parties ou soulevée d'office par le juge communautaire, contre la recevabilité d'un recours en annulation formé par un fonctionnaire européen, lorsque la réclamation sur laquelle le recours est basé est tardive⁶²³.

⁶²¹ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 1995, Bauer/Commission, c-299/93 *Rec.* 1995, p. 839.

⁶²² C.J.C.E., arrêt du 1^{er} avril 1987, Dufay/Parlement, c-257/85, *Rec.* 1987, p. 1561.

⁶²³ C.J.C.E., arrêt du 4 février 1987, Cladakis/Commission, c-276/85, *Rec.* p. 495, § 11. Voir également arrêts de la Cour du 8 mai 1973, Gunnella, c-33/72, *Rec.* 1973, p. 475, et du 20 mars 1984, Razzouk et A. Beydoun, c-75 et 117/82, *Rec.* 1973, p. 1509 ; arrêts du Tribunal du 17 octobre 1991, Offermann/Parlement, t-129/89, *Rec.* 1991, p. II-855, § 30, 31 et 34, et ordonnance du 11 mai 1992, Edward P. Whitehead/ Commission, t-34/91, *Rec.* 1992, p. II-1723. Notamment § n°19.

Il est intéressant de remarquer que la Cour de justice a attribué ce caractère d'ordre public au délai de réclamation par analogie avec les délais de recours : « *Les délais de recours sont d'ordre public et ne constituent pas un moyen à la discrétion des parties ou du juge, ce qui vaut également pour les délais de réclamation qui, du point de vue procédural, les précèdent et sont de même nature puisqu'ils concourent à la réglementation de la même voie de recours avec pour objectif de garantir la sécurité de droit* »⁶²⁴.

La rigueur d'ordre public des délais de réclamation implique que l'expiration de ces délais ne peut pas être contournée par le biais d'une autre réclamation formée contre une décision confirmative d'une décision initiale devenue inattaquable. Cette nouvelle réclamation ne pourrait avoir pour effet de rouvrir le délai de réclamation⁶²⁵.

Le caractère d'ordre public des délais de réclamation peut être observé en dehors du cadre de l'application du statut des fonctionnaires européens. Il s'agit de l'invitation préalable à l'introduction d'un recours en **carence**. Le délai de la saisine de l'institution n'a pas été précisé par le traité. Cependant, la Cour de justice a jugé que cette saisine doit avoir lieu dans un délai raisonnable : « *L'exercice du droit de saisir la Commission ne saurait être retardé indéfiniment* »⁶²⁶. Ce délai, qui n'est pas forcément assimilable à un délai de recours juridictionnel⁶²⁷, reste néanmoins un délai d'action.

⁶²⁴ C.J.C.E., arrêt du 19 Février 1981, Schiavo/Conseil, c-122/79, *Rec.* 1981, p. 473.

⁶²⁵ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1971, Tontodonati/Commission, c-17/71, *Rec.* 1971, p. 1059.

⁶²⁶ C.J.C.E., arrêt du 16 février 1993, ENU/Commission, c-107/91 *Rec.* 1993, p. 599. Cependant, la fixation de ce délai par la Cour de justice, a été contestée par l'avocat général dans ses conclusions sous l'affaire *Pays-Bas/Commission* : « l'idée d'établir par voie jurisprudentielle un délai à l'expiration duquel les intéressés seraient forclos du droit de saisir l'administration se heurte avant tout, au principe fondamental de la sécurité juridique » (*Rec.* 1971, p. 659).

⁶²⁷ C.J.C.E., arrêt du 6 mai 1997, Guérin automobiles/Commission, t-195/95, *Rec.* 1997, p. II-679. Dans cette affaire, le Tribunal, en répondant à l'allusion faite par le requérant au délai de la saisine de l'institution dans le cadre du recours en carence, a constaté qu'« il suffit de rappeler que le "délai raisonnable" qui était en cause dans cette affaire n'était pas le délai de recours prévu par l'article 175, deuxième alinéa, du traité ».

La fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'expiration du délai de réclamation trouvera à s'appliquer en cas de saisine tardive de l'institution communautaire au stade de la procédure précontentieuse. Le fait que ce délai n'ait pas été précisé ne fait pas obstacle, à notre avis, à lui attribuer un caractère d'ordre public. L'exigence de la protection des situations juridiques et la stabilité de l'action administrative communautaire implique que ce délai soit considéré d'ordre public communautaire⁶²⁸. Ce constat se trouve exprimé dans les termes de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Pays bas/Commission*. Dans le cadre de l'application de l'ancien Traité CECA, la Cour a établi une analogie entre ce délai et les délais de recours en ce qui concerne leur raison d'existence : « *il résulte de la fonction commune des articles 33 et 35 que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33, doivent également être prises en considération — compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciable — dans l'exercice des droits prévus par l'article 35* »⁶²⁹.

Sous-section 4. ... (mais pas) les délais de prescription

§ 1^{er}. La notion de délai de prescription en droit communautaire

La prescription est, en principe, un mode d'extinction de droit. L'idée sur laquelle est fondée la prescription est qu'après l'écoulement d'un certain temps, il n'est plus possible de contester en justice certaines situations⁶³⁰.

Les délais de prescription se distinguent des délais de recours, en ce qu'ils touchent le fond du droit et non pas l'action⁶³¹. Par ailleurs, la prescription est une institution de paix sociale qui

⁶²⁸ En effet, une institution communautaire ne doit pas rester pour toujours, sous le coup d'une invitation à agir formée par un justiciable contre son abstention de prendre une décision à son égard.

⁶²⁹ C.J.C.E., arrêt du 6 juillet 1971, *Pays-Bas/Commission*, c-59/70, *Rec.* 1971, p. 639.

⁶³⁰ Mohamed Abdel-Khalek Omar, *précité*, p. 173.

fonctionne dans l'intérêt général de la communauté, tandis que la forclusion tend en principe à sauvegarder les intérêts d'un particulier⁶³². Il existe également entre ces deux sortes de délais une différence de rigidité procédurale résultant du fait que les délais de recours sont fixés une fois pour toutes, tandis que les délais de prescription constituent des délais minimum qui peuvent être interrompus ou prorogés⁶³³.

Cependant, les délais de prescription et de recours se ressemblent dans la déchéance qu'ils entraînent. L'expiration du délai de recours entraîne la perte du droit au recours, tandis que l'arrivée au terme du délai de prescription entraîne la perte d'un droit pour défaut d'action pendant une période déterminée⁶³⁴.

Les délais de prescription sont fixés par le droit communautaire en vue de protéger le principe de sécurité juridique. La Cour de justice a ainsi décidé que : « pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance ; la fixation de sa durée et des modalités d'application relève de la compétence du législateur communautaire »⁶³⁵. Dans l'affaire *Hauptgenossenschaft/ Balm*, la Cour a refusé l'application du principe d'équivalence en matière de prescription, en refusant d'appliquer, en matière de récupération des prestations indûment versées, le délai de prescription prévu par l'article 46 du statut de la Cour de justice⁶³⁶.

⁶³¹ Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *précité*, p. 294. Voir en ce sens Michel Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *R.T.D.Civ.*, 1950, p. 448.

⁶³² Michel Vasseur, *précité*, p. 451.

⁶³³ Mohamed Abdel-Khalek Omar, *précité*, p. 184.

⁶³⁴ Charles Aubert, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, *précité*, p. 10.

⁶³⁵ C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1970, *Chemiefarma/Commission*, c-41/69, *Rec.* 1970, p. 661. Il faut noter que l'avocat général, dans ses conclusions, réclamait la fixation de ce délai : il estimait qu'il sera inadmissible que ce délai soit fixé au cas par cas et que, même si la sécurité juridique n'est pas ce qui justifie l'existence de la prescription, elle est cependant inséparable de celle-ci à moins de lui enlever la plus grande partie de son intérêt (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Chemiefarma/Commission*, *précité*, *Rec.* 1970, p. 727)

⁶³⁶ C.J.C.E., arrêt du 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a./BALM*, c-119/79, *Rec.* 1980, p. 1863.

Cependant, lorsqu'il s'agit de l'obligation d'infliger une sanction, qui incombe à une institution communautaire contre un opérateur européen, la Cour a refusé de se soumettre à la négligence du législateur communautaire de prévoir un délai de prescription dans ce cas et s'est autorisée, pour des raisons de sécurité juridique, à contrôler l'inertie de l'institution concernée. Dans l'affaire *Azienda*, en matière de prescription de la poursuite des infractions aux règles de concurrence⁶³⁷, la Cour a ainsi décidé qu'en l'absence de texte prescrivant la prescription, l'exigence fondamentale de sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs⁶³⁸.

Il convient de rappeler que les seuls délais de prescription qui sont examinés ici, sont les délais de prescription relatifs à l'irrecevabilité du recours au juge communautaire. Les délais de prescription des infractions financières prescrites par le droit communautaire ne seront pas étudiés sous ce titre. En effet, en cette matière, où la plupart des délais de prescription sont prévus, le moyen fondé sur la prescription de l'infraction constitue un moyen de fond⁶³⁹. On citera par exemple les délais de prescription des poursuites des infractions financières relatives au budget général des Communautés⁶⁴⁰ ou des infractions relatives au droit des transports et de la concurrence⁶⁴¹.

⁶³⁷ Le Conseil a ultérieurement adopté (le 26 novembre 1974) un règlement relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit de transport et de la concurrence de la CE, N° 2988/74, J.O.C.E., n° 319 du 29 novembre 1974, p. 1-3.

⁶³⁸ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1972, ACNA/Commission, c-57/69, *Rec.* 1972, p. 933.

⁶³⁹ C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1970, Chemiefarma/Commission, c-41/69, *Rec.* 1970, p. 661.

⁶⁴⁰ L'article 3, § 1^{er}, du règlement n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes prévoit que : « le délai de prescription des poursuites est de quatre ans à partir de la réalisation de l'irrégularité visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1. Toutefois, les réglementations sectorielles peuvent prévoir un délai inférieur qui ne saurait aller en deçà de trois ans » (J.O.C.E., n° L 312 du 23 décembre 1995, p. 1-4).

⁶⁴¹ L'article 2, § 3, seconde phrase, du règlement n° 2988/74, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence, impose une prescription triennale pour la prononciation des amendes et des sanctions pour infractions aux dispositions relatives aux demandes ou notifications des entreprises ou associations d'entreprises (J.O.C.E., n° L 319 du 29 novembre 1974, p. 1-3).

Il convient également de préciser que la prescription prévue par le droit communautaire dérivé pour les obligations financières des institutions nationales qui découlent du droit communautaire — tel que le délai de prescription triennale prévu par les articles 2, § 2, et 14 du règlement (CE) n°1430/79 du Conseil, du 2 juillet 1979, relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation par les autorités compétentes⁶⁴² — ne peut pas constituer le fondement d'un moyen invoqué devant la Cour de justice. Ces délais ne régissent, en effet, que les actions des institutions des Etats membres qui ne sont pas soumises à un contrôle direct de la Cour de justice. Le moyen relatif à l'expiration d'un tel délai ne pourrait être invoqué que devant une juridiction nationale, puisque, c'est cette dernière, qui est seule compétente de statuer sur tout litige opposant le requérant aux institutions nationales et relatif aux obligations financières qui leur incombe en vertu du droit communautaire.

En revanche, dans le cadre du contentieux communautaire, le seul délai de prescription qui peut être relevé est celui de la prescription de l'action en responsabilité non contractuelle de la communauté. L'article 46 du statut de la Cour de justice énonce que : « [l]es actions contre la Communauté en matière de responsabilité non contractuelle se prescrivent par cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu. La prescription est interrompue soit par la requête formée devant la Cour, soit par la demande préalable que la victime peut adresser à l'institution compétente de la Communauté. Dans ce dernier cas, la requête doit être formée dans le délai de deux mois prévu à l'article 173; les dispositions de l'article 175, alinéa 2, sont, le cas échéant, applicables ».

Le délai de prescription ne commence à courir que lorsque sont réunies toutes les conditions auxquelles est subordonnée l'obligation de réparation⁶⁴³. Ce délai ne s'applique qu'au recours en indemnité formé dans le cadre du traité CE et non pas dans le domaine du statut des fonctionnaires européens. Dans l'ordonnance *Pomar*, la Cour a décidé que le délai de prescription de l'article 46 ne s'applique pas en matière de fonction publique ; les articles 90

⁶⁴² J.O.C.E., n° L 175, du 12 juillet 1979, p. 1.

⁶⁴³ C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1983, *Pauls Agriculture/Conseil et Commission*, c-256/81, *Rec.* 1983, p. 1707, et arrêt du 27 janvier 1982, *De Franceschi*, c-51/81, *Rec.* p. 117, § 10.

et 91 du statut prévoient un délai spécifique de deux mois pour les actions des fonctionnaires⁶⁴⁴.

§ 2. Le moyen tiré de la prescription n'est pas d'ordre public communautaire

Le délai de prescription de l'action en indemnité prévu par l'article 46 du statut de la Cour n'est pas considéré par la Cour de justice comme étant d'ordre public communautaire. La prescription de l'action en responsabilité non contractuelle ne confère pas au juge communautaire le droit de soulever cette irrecevabilité d'office. Dans l'affaire *Roquette frères (II)*, la Cour a décidé que « *le juge ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action* »⁶⁴⁵. Il faut cependant relever que la Cour n'a pas refusé à ce délai le caractère d'ordre public en raison de la mesure de son importance pour le droit communautaire. En effet, en vertu de l'article 288, § 2, CE, « [e]n matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ». C'est pourquoi la Cour a décidé que le caractère d'ordre public du délai de prescription de cette action ne doit pas être recherché dans le droit communautaire, mais plutôt dans les droits des États membres : « un examen comparé des systèmes juridiques des États membres fait apparaître que, en règle générale et à quelques exceptions près, le juge ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action ».

Cette position de la Cour constitue un revirement par rapport à une ancienne jurisprudence adoptée dans l'affaire *Kampffmeyer*⁶⁴⁶. Dans cette affaire, la Cour, sans le constater expressément, avait examiné d'office la recevabilité de l'affaire au regard de la prescription de l'action en responsabilité non contractuelle. En réalité, la défenderesse n'avait pas présenté

⁶⁴⁴ C.J.C.E., ordonnance du 10 juin 1987, Pomar/Commission, c-317/85, *Rec.* 1987, p. 2467.

⁶⁴⁵ C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, Roquette frères/Commission, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553.

⁶⁴⁶ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1967, Kampffmeyer e.a./Commission, c-5/66, *Rec.* 1967, p. 317.

devant la Cour une exception d'irrecevabilité au sens du règlement de procédure, mais simplement une question à propos de la prescription de l'action en indemnité en vertu de l'article 46 du statut de la Cour de la justice.

Entre l'affaire *Kampffmeyer* et l'affaire *Roquette*, il n'y a pas eu d'autres affaires dans lesquelles la Cour se serait prononcée sur le caractère d'ordre public de ce délai. On peut même constater, avec l'avocat général Darmon, que la Cour a évité durant toutes ces années de prendre position à ce sujet⁶⁴⁷. Cependant, on ne peut pas s'empêcher de constater le bien-fondé de la jurisprudence *Roquette* et sa conformité à l'article 288 CE. On pourrait en revanche, justifier la position de la Cour de justice dans l'affaire *Kampffmeyer* par le fait que la Cour considérerait au début de sa jurisprudence toutes les questions de recevabilité des recours contentieux comme étant d'ordre public.

Ainsi, en l'état actuel du droit communautaire, une fin de non-recevoir d'ordre public ne peut être fondée sur la prescription de l'action. Les délais de prescription dans le cadre de la recevabilité des recours devant la Cour de justice ne relèvent pas de l'ordre public communautaire.

SECTION 2. LES ATTENUATIONS AU CARACTERE D'ORDRE PUBLIC DES DELAIS D'ACTION

On entend ici par atténuations, les exceptions qui peuvent être apportées à la sanction de la violation des délais d'ordre public, en dehors de toute prolongation prescrite par le droit communautaire⁶⁴⁸. Le caractère d'ordre public du moyen relatif aux délais d'action ne signifie

⁶⁴⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Roquette frères/Commission*, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553, § 11.

⁶⁴⁸ La seule prolongation des délais de forclusion prévue officiellement par le droit communautaire, est une prorogation forfaitaire de 10 jours en fonction de l'augmentation de distance (article 81/2 du règlement de procédure).

pas seulement que le juge peut le soulever d'office, mais il exige également, compte tenu de l'intérêt général que la règle de délai entraîne, que le recours doive être déclaré irrecevable.

Nous avons pu constater, à partir de l'examen de la jurisprudence communautaire, qu'il existe des cas où cette sanction ne trouve pas à s'appliquer. En réalité, ces exceptions sont, dans la plupart des cas, une création jurisprudentielle. Ce sont en effet des règles que la Cour de justice a introduites en droit communautaire à partir des différents droits des Etats membres. Ces exceptions ont d'ailleurs un caractère commun : elles ont comme fonction la conservation des délais en dépit du caractère d'ordre public de ces derniers.

Il existe deux sortes d'exceptions à la rigueur du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'expiration des délais d'action : des exceptions générales, qui s'appliquent à toutes sortes de délais d'action d'ordre public (sous-section 1) et des exceptions spécifiques, qui ne s'appliquent qu'à certains types de délais (sous-section 2).

Sous-section 1. Exceptions générales

En général, ces exceptions peuvent être opposés à toutes sortes de délais d'action prévus par le droit communautaire. Le droit communautaire, ne compte que trois exceptions générales : la force majeure (§ 1^{er}), l'erreur excusable (§ 2) et les faits nouveaux (§ 3).

§ 1^{er}. La force majeure

L'article 45, § 2, du règlement de procédure prévoit qu'« aucune déchéance tirée de l'expiration des délais ne peut être opposée lorsque l'intéressé établit l'existence d'un cas

fortuit ou de force majeure »⁶⁴⁹. Les termes de l'article sont généraux ; la notion semble s'appliquer à toutes sortes de délais.

L'exception de **force majeure** trouve ses origines dans la règle romaine « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* »⁶⁵⁰. Elle constitue, en matière d'obligations civiles, une raison principale d'exonération des obligations nées du contrat. En droit communautaire, il convient de faire remarquer que, même si cette notion est reconnue⁶⁵¹, il n'existe pas un principe général duquel se déduirait une notion uniforme de force majeure applicable dans tous les secteurs du droit communautaire⁶⁵². La Cour de justice l'a reconnu dans son arrêt *Schwarzwaldmilch* : « la notion de force majeure n'ayant pas un contenu identique dans les différentes branches de droit et les divers domaines d'application, la signification de cette notion doit être déterminée en fonction du cadre légal dans lequel elle est destinée à sortir ses effets »⁶⁵³.

En matière de délais de recours, le juge communautaire définit l'événement de force majeure qui pourrait justifier la recevabilité d'un recours après l'expiration des délais, comme étant

⁶⁴⁹ La même règle a été prescrite dans le droit de la C.E.C.A., par l'article 39 du statut de la Cour C.E.C.A.

⁶⁵⁰ Sallé De La Marnierre, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *R.T.D.Civ*, 1933, p. 1037.

⁶⁵¹ Il faut noter que la notion est prévue en droit dérivé dans différents domaines. Par exemple l'article 8, § 1^{er}, premier alinéa, du règlement n° 3719/88 prévoit que : « [l]e certificat d'importation ou d'exportation autorise et oblige respectivement à importer ou à exporter, au titre du certificat, et, sauf cas de force majeure, pendant la durée de sa validité, la quantité spécifiée des produits et/ou marchandises en cause. [...] » (J.O.C.E., n° L 347 du 16 décembre 1988, p. 58). L'article 22, point 3, du règlement n° 2200/87, modifié par le règlement n° 790/91, dispose que : « [s]auf cas de force majeure, la garantie de livraison prévue à l'article 12 fait l'objet d'acquisitions partielles opérées de façon cumulative » (J.O.C.E., n° L 138 du 21 mai 1992, p. 40).

⁶⁵² L'avocat général Capotorti explique cette réalité dans ses conclusions dans l'affaire *Nordmark* : « la circonstance, précisément, que certaines normes de droit dérivé prévoient, en relation avec des situations particulières, une dérogation pour cause de force majeure, révèle que le législateur communautaire est parti de la conviction qu'il n'y a pas de principe général applicable en la matière. Il est permis d'ajouter que dans certains cas, la force majeure est invoquée pour épargner au titulaire de l'obligation, la sanction liée au non-respect de cette obligation ; en d'autre cas, pour permettre à ce sujet de bénéficier également d'un avantage normalement concédé à condition que l'obligation ait été respectée » (*Rec.* 1980, p. 643).

⁶⁵³ C.J.C.E., arrêt du 11 septembre 1968, *Schwarzwaldmilch GmbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*, c 4/68, *Rec.* 1968, p. 549. Voir en ce sens arrêts de la Cour du 30 janvier 1974, *Kampffmeyer/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, c-158/73, *Rec.* 1974, p. 101, et du 14 février 1978, *IFG/Commission*, c-68/77, *Rec.* 1978, p. 353.

une difficulté anormale, indépendante de la volonté de la requérante et apparaissant inévitable, alors même que toutes les diligences auraient été mises en oeuvre⁶⁵⁴.

On peut constater qu'il existe deux conditions principales pour qu'un événement soit considéré de la sorte comme une force majeure : 1) les faits invoqués doivent être absolument indépendants de la volonté du contractant, qui doit ne les avoir ni voulus, ni suscités à aucun degré ; 2) il faut également que les faits invoqués soient imprévus et imprévisibles⁶⁵⁵. Cependant, il n'est pas exigé que l'événement ait rendu radicalement impossible la formation du recours dans les délais. Il suffit qu'il ait provoqué des difficultés anormales qui ont empêché le requérant de s'en prévaloir devant la Cour de justice en temps utile⁶⁵⁶.

En ce qui concerne le **cas fortuit**, s'il est également défini comme un fait imprévisible qui rend radicalement impossible la formation du recours dans les délais, il se distingue cependant de la force majeure, en ce que le fait du « cas fortuit » n'est pas étranger au requérant et affecte dès lors la causalité du dommage⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 9 février 1984, Busseni/Commission, c-284/82, *Rec.* 1984, p. 557, et arrêt du 30 mai 1984, Ferriera Vittoria/Commission, c-224/83, *Rec.* 1984, p. 2349.

⁶⁵⁵ Dans l'affaire *Theodorakis/Grèce*, la Cour a constaté que « si la notion de force majeure ne présuppose pas une impossibilité absolue, elle exige néanmoins que la non-réalisation du fait en cause soit due à des circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles ». (arrêt du 27 octobre 1987, c-109/86, *Rec.* 1987, p. 4319. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 8 mars 1988, McNicholl/Minister for Agriculture, c-296/86, *Rec.* 1988, p. 1491).

⁶⁵⁶ C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1987, *Theodorakis/Grèce*, c-109/86, *Rec.* 1987, p. 4319. La même règle est appliquée en matière de responsabilité civile dans le contentieux communautaire. Dans l'affaire *Busseni/Commission*, la Cour a considéré que la notion de force majeure vise essentiellement des circonstances rendant impossible la réalisation de l'acte en cause. Même si elle ne présuppose pas une impossibilité absolue, elle exige toutefois qu'il s'agisse de difficultés anormales, indépendantes de la volonté de la personne intéressée et apparaissant inévitables, alors que toutes les diligences seraient mises en œuvre » (arrêt du 9 février 1984, Busseni/Commission, c-284/82, *Rec.* 1984, p. 557).

⁶⁵⁷ André de Laubadère, *Droit administratif*, T. I, Paris, L.G.D.J, 1984, p. 993. Cette distinction n'a pas été explicitement faite par la Cour de justice. En droit français, elle est due à M. Hauriou dans une note sous C.E., 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161, à propos de l'explosion d'un navire de guerre en rade de Toulon improprement attribuée par le Conseil d'Etat à un « événement de force majeure » alors que la cause de l'explosion était intérieure au navire, ce qui, selon Hauriou, constituait un cas fortuit.

Le juge communautaire a précisé que la notion de force majeure et de cas fortuit comporte deux éléments : le premier est un élément objectif relatif aux circonstances anormales et étrangères à l'intéressé, tandis que le deuxième est un élément subjectif tenant à l'obligation, pour l'intéressé, de se prémunir contre les conséquences de l'événement anormal en prenant des mesures appropriées sans consentir des sacrifices excessifs. L'intéressé doit surveiller soigneusement le déroulement de la procédure et, notamment, faire preuve de diligence afin de respecter les délais prévus⁶⁵⁸. Ainsi, cette notion ne s'applique pas à une situation où une personne diligente et avisée aurait objectivement été en mesure d'éviter l'expiration du délai⁶⁵⁹.

En principe, le juge communautaire considère la force majeure et le cas fortuit comme un moyen de régularisation du non-respect des délais de recours⁶⁶⁰. La Cour de justice rend inopposable la déchéance tirée de l'expiration des délais à l'égard des requérants par suite à l'établissement d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit⁶⁶¹. Cependant, compte tenu du caractère d'ordre public des délais de recours, le juge communautaire a tenu à adopter une interprétation très restrictive de cette exception⁶⁶². La Cour de justice justifie cette ligne de conduite par le fait que l'application stricte de ces règles répond à l'exigence de sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou traitement arbitraire dans l'administration de la justice⁶⁶³.

⁶⁵⁸ T.P.I., ordonnance du 21 mars 2002, Laboratoire Monique Rémy/Commission, t-218/01, *Rec.* 2002, p. II-2139. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Bayer/Commission, c-195/91, *Rec.* 1994, p. 5619, § 32.

⁶⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1984, Ferriera Valsabbia/Commission, c-209/83, *Rec.* 1984, p. 3089, § 22.

⁶⁶⁰ La Cour a décidé qu'« [e]n dehors de l'existence d'un cas fortuit ou de force majeure [...], le non-respect des délais de recours entraîne la forclusion du droit de recours ». (arrêt du 5 avril 1979, ALA et ALFER/Commission, c-220/78, *Rec.* 1979, p. 1693).

⁶⁶¹ C.J.C.E., arrêt du 2 mars 1967, Simet e.a./Haute Autorité, c-25/65, *Rec.* 1967, p. 39.

⁶⁶² C.J.C.E., arrêt du 9 février 1984, Busseni/Commission, c-284/82, *Rec.* 1984, p. 557, et arrêt du 30 mai 1984, Ferriera Vittoria/Commission, c-224/83, *Rec.* 1984, p. 2349. Il convient de souligner le fait que le nombre des affaires dans lequel la Cour a accepté la conservation des délais de recours en raison de l'existence d'un cas de force majeure est très petit.

⁶⁶³ C.J.C.E., ordonnance du 5 février 1992, France/Commission, c-59/91, *Rec.* 1992, p. 525.

Le Tribunal de première instance a ainsi décidé, s'agissant d'un recours en **annulation**, qu'en postant le courrier contenant sa requête au plutôt cinq jours — dont un samedi et un dimanche — avant l'expiration du délai de recours, alors que le risque d'un retard de livraison de la Poste ne pouvait être écarté et qu'il était clair qu'un tel retard risquait d'entraîner la forclusion, la requérante n'a pas fait preuve de la diligence attendue d'un requérant normalement avisé en vue de respecter les délais⁶⁶⁴.

La Cour de justice a statué de manière analogue en refusant de considérer un dysfonctionnement exceptionnel des services postaux comme un cas de force majeure entraînant la tardiveté d'un recours en annulation, lorsque le requérant n'a envoyé sa requête que la veille du jour de l'expiration du délai imparti, alors qu'il disposait d'un délai de distance de dix jours, calculé sur la base de la durée normale d'acheminement du courrier en tenant compte de problèmes éventuels au sein des services postaux⁶⁶⁵.

En revanche, dans l'affaire *Simet et Feram*, la Cour a considéré que la circonstance que les requêtes ne soient entrées en possession de la Cour que quatre jours après leur arrivée à Luxembourg doit être considérée, comme un cas fortuit⁶⁶⁶.

En matière de délai de **pourvoi**, la Cour a considéré que « [l]a circonstance selon laquelle l'opportunité pour le requérant d'introduire un pourvoi dépendait des suites que la Commission donnerait, pour les années ultérieures, à la constatation, (...) que la décision

⁶⁶⁴ T.P.I., ordonnance du 21 mars 2002, Laboratoire Monique Rémy/Commission, t-218/01, *Rec.* 2002, p. II-2139. Dans le cas d'espèce, le Tribunal a refusé de prendre en considération les événements survenus aux États-Unis le 11 septembre 2001 et les perturbations dans les transports qui en ont résulté, car cette référence aux dits événements et perturbations, opérée de façon vague et générale, ne saurait constituer la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure. Le Tribunal a également refusé de prendre en considération l'existence d'un engagement de La Poste envers l'expéditeur de livrer son courrier dans un certain délai, car il ne saurait, par lui seul, avoir pour effet de rendre imprévisible tout retard dans cette livraison. Voir en ce sens C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1984, *Ferriera Valsabbia/Commission*, c-209/83, *Rec.* 1984, p. 3089, et ordonnance du 5 février 1992, *France/Commission*, c-59/91, *Rec.* 1992, p. 525.

⁶⁶⁵ C.J.C.E., ordonnance du 7 mai 1998, *Irlande/Commission*, c-239/97, *Rec.* 1998, p. 2655.

⁶⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 2 mars 1967, *Simet e.a./Haute Autorité*, c-25/65, *Rec.* 1967, p. 39.

objet du litige ne concernait que l'année 2000, ne saurait être constitutive d'un cas fortuit ou de force majeure (...) Sauf à priver les délais de recours de leur utilité, on ne saurait admettre que le fait qu'une partie estime ne pas disposer de tous les éléments utiles pour apprécier l'opportunité d'un pourvoi puisse, à lui seul, justifier l'introduction tardive d'un pourvoi »⁶⁶⁷.

L'exception est également observée en matière de **statut des fonctionnaires**. Le Tribunal de première instance a considéré qu'il ne saurait être admis que l'introduction d'une demande d'assistance judiciaire ait pour effet d'étendre ou de suspendre le délai pour l'introduction du recours au principal ; elle ne constitue pas un cas de force majeure⁶⁶⁸.

§ 2. L'erreur excusable

La notion d'erreur excusable en droit communautaire est une vraie invention jurisprudentielle. Absente des textes communautaires, elle est l'œuvre de la Cour de justice. L'erreur excusable, comme la force majeure, constitue une cause de prorogation du délai de recours⁶⁶⁹. Elle a été définie par le juge communautaire comme étant la résultante des circonstances exceptionnelles où l'institution concernée a adopté un comportement de nature, à lui seul ou dans une mesure déterminante, à provoquer une confusion admissible dans l'esprit d'un

⁶⁶⁷ C.J.C.E., ordonnance du 19 février 2004, *Forum des migrants de l'Union européenne/ Commission*, c-369/03, *Rec.* 2004, p.1981.

⁶⁶⁸ T.P.I., ordonnance du 24 novembre 1999, *A.V.M./Commission*, t-109/98, *Rec.* 1999, p. II-3383. Voir également arrêt de la Cour du 26 novembre 1985, *Cockerill-Sambre/Commission*, c-42/85, *Rec.* 1985, p. 3749. Dans un autre cas, en matière CECA, la Cour a considéré que « [l]a fermeture temporaire d'une entreprise qui n'a comme conséquence ni la liquidation de celle-ci, ni la fin de la responsabilité de sa direction pour la poursuite normale des affaires, ne saurait être considérée comme un cas de force majeure au sens de l'article 39, alinéa, du statut de la Cour de justice CECA, justifiant le non-respect du délai de recours prévu à l'alinéa 1 de cette disposition » (arrêt du 9 février 1984, *Busseni/Commission*, c-284/82, *Rec.* 1984, p. 557). Pour la notion de force majeure dans le cadre du recours en carence, voir T.P.I., arrêt du 6 mai 1997, *Guérin automobiles/Commission*, t-195/95, *Rec.* 1997, p. II-679, et arrêt de la Cour du 26 novembre 1985, *Cockerill-Sambre/Commission*, c-42/85, *Rec.* 1985, p. 3749.

⁶⁶⁹ T.P.I. arrêt du 29 mai 1991, *Bayer/Commission*, t-12/90, *Rec.* 1991, p. II-219. Voir également C.J.C.E., arrêt du 18 octobre 1977, *Schertzer/Parlement*, c-25/68, *Rec.* 1977, p. 1729.

justiciable de bonne foi et faisant preuve de toute la diligence requise d'un opérateur normalement averti⁶⁷⁰.

Cette notion se distingue de celle du cas fortuit et de force majeure, en tant qu'elle trouve sa source directement dans le souci du respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime⁶⁷¹.

L'exception d'erreur excusable ne s'applique pas uniquement aux délais de recours, mais également en matière de délais de réclamation. Dans l'affaire *Blackman*, le Tribunal a constaté que le non-respect des délais prévus par l'article 90, § 2, du statut des fonctionnaires « *ne fait pas obstacle à la recevabilité d'une réclamation administrative ou d'un recours lorsque le requérant a commis une erreur excusable* »⁶⁷².

Comme la force majeure, cette notion a été interprétée d'une façon restrictive⁶⁷³. Le juge communautaire a ainsi décidé qu'une entreprise ne peut pas invoquer le fonctionnement défectueux de son organisation interne pour excuser une erreur quand au point de départ du délai de recours⁶⁷⁴. Il a également considéré qu'une erreur d'interprétation des dispositions du règlement de procédure de la Cour applicable aux délais de recours ne constitue pas une

⁶⁷⁰ T.P.I. arrêt du 29 mai 1991, *Bayer/Commission*, t-12/90, *Rec.* 1991, p. II-219. Le caractère inexcusable de l'erreur s'apprécie in concreto, en fonction des circonstances de la cause, de l'âge, de l'expérience, de la profession du requérant (T.P.I., ordonnance du 29 avril 2002, *Jung/Commission*, t-68/98, *Rec.* 2002, p. II-251. Voir en ce sens arrêts du Tribunal du 16 mars 1993, *Blackman/Parlement*, t-33/89 et t-74/89, *Rec.* 1993, p. II-249, et de la Cour du 15 décembre 1994, *Bayer/Commission*, c-195/91, *Rec.* 1994, p. 5619, § 26).

⁶⁷¹ T.P.I. arrêt du 29 mai 1991, *Bayer/Commission*, t-12/90, *Rec.* 1991, p. II-219.

⁶⁷² T.P.I., arrêt du 16 mars 1993, *Blackman/Parlement*, t-33/89 et t-74/89, *Rec.* 1993, p. II-249.

⁶⁷³ T.P.I., ordonnance du 29 avril 2002, *Jung/Commission*, t-68/98, *Rec.* 2002, p. II-251. Voir également arrêt du 16 mars 1993, *Blackman/Parlement*, t-33/89 et t-74/89, *Rec.* 1993, p. II-249, et arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, *Bayer/Commission*, c-195/91, *Rec.* 1994, p. 5619, § 26. Cependant, on doit noter que la Cour de justice applique largement cette exception par rapport à celle de la force majeure. Le nombre d'arrêts où la Cour a décidé de considérer la faute comme excusable est très remarquable.

⁶⁷⁴ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1994, *Bayer/Commission*, c-195/91, *Rec.* 1994, p. 5619. Voir aussi pour le même cas d'espèce, T.P.I. arrêt du 29 mai 1991, *Bayer/Commission*, t-12/90, *Rec.* 1991, p. II-219.

erreur excusable, puisque ces dispositions ne présentent pas de difficulté d'interprétation particulière⁶⁷⁵.

Dans un autre cas d'espèce, le Tribunal a considéré que des assurances verbales prétendument données par des fonctionnaires de la Commission, même à les supposer établies, ne sauraient, compte tenu des obligations qui pèsent sur tout opérateur normalement diligent, constituer une circonstance exceptionnelle de nature à rendre excusable le fait pour le destinataire d'une décision qui ne fait pas droit à ses prétentions, de ne pas introduire en temps utile un recours contre celle-ci⁶⁷⁶.

En revanche, la Cour a considéré que l'habitude des fonctionnaires de ne pas toujours saisir la Cour directement, mais de s'adresser d'abord à l'institution communautaire, peut constituer une erreur excusable et justifier la recevabilité d'un recours tardif. Dans l'affaire *Marcato*⁶⁷⁷, un recours en annulation avait été introduit contre une décision implicite de refus de la Commission d'annuler un avis de concours interne. La Cour a constaté que ce genre de décision, en vertu d'une jurisprudence constante, ne doit pas faire l'objet d'une réclamation, ce qui implique que le délai de recours doit normalement courir à partir de la décision faisant grief aux requérants et non pas de la date du refus exprès ou implicite de la réclamation. Cependant, dans le cas d'espèce, les requérants avaient présenté une réclamation devant la Commission et avaient attendu qu'une décision de refus implicite soit constatée avant de saisir la Cour. Constatant l'existence d'une habitude des fonctionnaires européens de ne jamais saisir la Cour directement mais de s'adresser d'abord à l'institution, la Cour a décidé de déclarer recevable la réclamation introduite par les requérants : « *au vu de cette situation, il convient de ne pas déclarer les recours contre le refus implicite de la Commission sur ce*

⁶⁷⁵ C.J.C.E., ordonnance du 17 mai 2002, Allemagne/Parlement et Conseil, c-406/01, *Rec.* 2002, p. 4561. Voir en ce qui concerne l'erreur dans l'interprétation du règlement de procédure du Tribunal de première instance. T.P.I., arrêt du 28 janvier 2004, Organización de Productores de Túnidos Congelados/ Commission, t-142/01 et t-283/01. (*non publié*).

⁶⁷⁶ T.P.I., arrêt du 15 mars 1995, Cobrecaf e.a./Commission, t-514/93, *Rec.* 1995, p. II-621.

⁶⁷⁷ C.J.C.E., arrêt du 14 juin 1972, Marcato/Commission, c-44/71, *Rec.* 1972, p. 427.

*point irrecevable, mais de considérer le dépassement du délai de recours contre cette décision(...) comme étant couvert »*⁶⁷⁸.

Suivant la même jurisprudence, mais dans un cas d'espèce où c'était l'institution qui avait induit le requérant en erreur, le Tribunal de première instance a décidé que l'introduction d'une réclamation, dans le délai statutaire, auprès d'un service incompétent, sur la base d'informations erronées fournies par ce service — lequel s'était borné à renvoyer la réclamation à l'intéressé sans la transmettre au service effectivement compétent auquel ladite réclamation était, de ce fait, parvenue tardivement — constituait une erreur excusable, de nature à préserver le délai de recours⁶⁷⁹.

Il convient quand même d'observer que la Cour a élargi le champ d'application de la notion de l'erreur excusable en admettant que l'erreur peut porter sur d'autres éléments que le caractère définitif de la décision attaquée ou les modalités d'exercice des différents types de recours prévus par le traité CE, à condition toutefois que cette erreur résulte d'une confusion provoquée par le comportement de l'institution concernée, que le requérant ait été de bonne foi et qu'il ait fait preuve de toute la diligence requise d'un opérateur normalement averti.

Ainsi, dans l'affaire *Athanasios Pitsiorlas*⁶⁸⁰, concernant le cas d'un étudiant qui demandait au Conseil d'avoir accès à un document nécessaire pour sa thèse de doctorat, le requérant s'est adressé à deux reprises au Conseil aux fins d'obtenir le document recherché. La première fois, le Conseil lui a répondu qu'il n'avait pas trouvé le document recherché et qu'il pouvait le rechercher auprès de la BCE ; la deuxième fois, il lui a fait savoir que ledit document

⁶⁷⁸ C.J.C.E., *Marcato/Commission*, précité, *Rec.* 1972, p. 427, § 8. Il faut cependant observer que, dans cette affaire, l'irrecevabilité tirée de l'expiration du délai de recours a été examinée d'office par la Cour. Voir également pour la même jurisprudence, C.J.C.E., arrêt du 5 avril 1979, *Orlandi/Commission*, c-117/78, *Rec.* 1979, p. 1613.

⁶⁷⁹ T.P.I., arrêt du 16 mars 1993, *Blackman/Parlement*, t-33/89 et t-74/89, *Rec.* 1993, p. II-249. Voir également arrêt du 9 mars 2000, *Liberos/Commission*, t-29/97, *Rec.* 2000, p. II-185.

⁶⁸⁰ C.J.C.E., arrêt du 15 mai 2003, *Athanasios Pitsiorlas/ Conseil et Banque centrale européenne*, c-193/01, *Rec.* 2003, p. 4837.

concernait un rapport publié par le comité des gouverneurs et qu'il n'avait, lui-même, jamais été appelé à prendre une décision à ce propos. Dans cette affaire, la Cour a annulé la décision du Tribunal de première instance qui avait refusé de considérer que le requérant était victime d'une tromperie de la part du Conseil et la BCE, en ce qu'ils l'auraient incité à ne pas attaquer immédiatement la décision du Conseil qui lui refusait l'accès à un document requis par ses études, et à attendre celle de la BCE où le Conseil prétendait que le document était conservé. La décision du Tribunal était basée sur la considération que la lettre du secrétariat général communiquant au requérant la décision de refus du Conseil l'informait, en outre, du contenu des articles 195 CE et 230 CE qui concernent, respectivement, les conditions de saisine du médiateur et le contrôle de légalité des actes du Conseil par la Cour, et qu'un justiciable normalement diligent ne pouvait avoir aucun doute ni quant au caractère définitif de cette décision, ni quant au délai de recours applicable en vertu de l'article 230 CE. La Cour a considéré que la pleine connaissance du caractère définitif d'une décision, ainsi que du délai de recours applicable en vertu de l'article 230 CE, n'exclut pas en soi qu'un justiciable puisse invoquer une erreur excusable susceptible de justifier la tardiveté de son recours. Elle a jugé que le comportement du Conseil était de nature à induire le requérant en erreur, ce qui permettait de déclarer recevable le recours tardif⁶⁸¹.

§ 3. Les faits nouveaux

En principe, le requérant ne pourra faire renaître les délais de recours en demandant à l'institution de revenir sur sa décision et en intentant un recours contre la décision de refus si celle-ci n'est que purement confirmative de la décision originelle qui lui faisait grief⁶⁸². Cependant, la jurisprudence de la Cour de justice est constante à permettre la recevabilité du recours en annulation formé contre une décision confirmative d'une décision initiale, devenue

⁶⁸¹ Voir en matière d'erreur excusable dans le cadre du recours en carence, T.P.I., arrêt du 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni/Commission*, t-26/01, *Rec.* 2003, p.II-3951.

⁶⁸² Une décision refusant la révocation de l'acte est uniquement un acte confirmatif de la décision initiale et non susceptible d'affecter l'efficacité définitive de cette décision sur le plan formel (C.J.C.E., arrêt du 8 mai 1973, *Gunnella/Commission*, c-33/72, *Rec.* 1973, p.475 ; arrêt du 3 mars 1971, *Acciaierie e Ferriere Riva/Commission*, c-2/70, *Rec.* 1971, p. 97).

définitive, en cas de surgissement de faits nouveaux qui permettent de modifier la position du requérant à l'égard de l'administration⁶⁸³.

Un fait nouveau au sens de la jurisprudence de la Cour de justice est un fait substantiel, de nature à changer les circonstances et les conditions essentielles qui ont régi l'adoption de l'acte primitif⁶⁸⁴. La Cour a ainsi décidé dans l'affaire *Muyers*⁶⁸⁵ qu'on ne saurait qualifier de fait nouveau, à l'égard d'un requérant qui prétendait contester hors délai la décision d'un jury de concours refusant de l'admettre aux épreuves, ni un arrêt de la Cour annulant une décision similaire prise à l'égard d'autres candidats, mais pour d'autres motifs, ni une modification de la composition du jury résultant du remplacement de membres démissionnaires⁶⁸⁶. En effet, un arrêt portant annulation d'un acte communautaire ne peut constituer un fait nouveau qu'à l'égard des personnes concernées directement par l'acte annulé⁶⁸⁷.

⁶⁸³ C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1960, *Fiddelaar/Commission*, c-44/59, *Rec.* 1960, p. 1077, et arrêt du 16 décembre 1964, *Muller/Commission*, c-109/63, *Rec.* 1964, p. 1293.

⁶⁸⁴ Dans l'affaire *Fiddelaar/Commission*, la Cour regarda comme fait nouveau substantiel, le fait que la Commission avait arrêté une décision dans laquelle elle communiquait une nouvelle description des fonctions et attributions relatives à chaque emploi justifiant aux yeux du requérant son classement dans un échelon de traitement supérieur (arrêt du 16 décembre 1964, c-44/59, *Rec.* 1960, p. 1077). Voir dans la même matière, C.J.C.E., arrêts du 22 juin 1967, *Müller/Conseil CE et Conseil CEEA*, c-28/64, *Rec.* 1967, p. 183 ; du 12 juillet 1973, *Tontodonati/Commission*, c-28/72, *Rec.* 1973, p. 779 ; du 6 octobre 1982, *Williams/Cour des comptes*, c-9/81, *Rec.* 1982, p. 3301 ; du 30 mai 1984, *Aschermann/Commission*, c-326/82, *Rec.* 1984, p. 2253, et du 1^{er} janvier 1983, *Blomefield/Commission*, c-190/82, *Rec.* 1983, p. 3981.

⁶⁸⁵ C.J.C.E. arrêt du 14 juin 1988, *Muyers e.a./Cour des comptes*, c-161/87, *Rec.* 1988, p. 3037.

⁶⁸⁶ Voir également l'affaire *Commission/Grèce* où la Cour a considéré, au sujet d'un fonctionnaire qui se plaignait du refus de la Commission de lui appliquer les mêmes critères appliqués à ses collègues, que le reclassement d'un ou de plusieurs de ses collègues se trouvant dans une situation similaire à la sienne devait être considéré comme un fait nouveau substantiel permettant au requérant de demander un réexamen de son cas à l'institution (arrêt du 21 juin 1988, c-127/87, *Rec.* 1988, p. 3333). Il ressort de la jurisprudence communautaire que, pour avoir un caractère « nouveau », il est nécessaire que ni le requérant ni l'administration n'aient eu connaissance, ou n'aient été en mesure d'avoir connaissance, du fait concerné au moment de l'adoption de la décision antérieure (en ce sens, arrêt du Tribunal du 28 septembre 1999, *Yasse/BEI*, t-141/97, *Rec.* 1999, p. I-177 et II-929, § 126 à 128). Cette condition est remplie, a fortiori, si le fait en cause est apparu après l'adoption de la décision antérieure (arrêt du 15 mai 1985, *Esly/Commission*, c-127/84, *Rec.* 1985, p. 1437). Cependant, pour avoir un caractère « substantiel », il est nécessaire que le fait concerné soit susceptible de modifier de façon substantielle la situation du requérant qui est à la base de la demande initiale ayant donné lieu à la décision antérieure devenue définitive (en ce sens, arrêt de la Cour du 13 novembre 1986, *Becker/Commission*, c-232/85, *Rec.* 1986, p. 3401, § 11).

⁶⁸⁷ Le Tribunal donne la justification de cette jurisprudence dans l'affaire *Artogodan/Commission* : « Il est de jurisprudence constante qu'une décision qui n'a pas été attaquée par le destinataire dans les délais prévus par l'article 230 CE devient définitive à son égard. Décider le contraire reviendrait, en effet, à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif que la décision revêt à son égard après l'expiration des délais de

En revanche, la Cour a considéré que la communication par une institution communautaire à l'ensemble de son personnel, par voie de circulaire, d'une décision interne relative aux critères applicables à la nomination en grade et au classement en échelon lors du recrutement constitue un fait nouveau qui justifie la réouverture des délais de recours contre la décision de classement d'un requérant⁶⁸⁸.

Cette exception s'applique également aux délais de réclamation dans le domaine du statut des fonctionnaires européens. Il est possible de revenir sur un acte faisant grief au requérant, même après l'expiration des délais de réclamation, mais à condition qu'une demande soit formée en temps utile après l'apparition des faits nouveaux pertinents⁶⁸⁹. Selon la Cour, « [s]eule l'existence de faits nouveaux substantiels peut justifier la présentation d'une demande tendant au réexamen d'une telle décision »⁶⁹⁰. Dans l'affaire *Barcella*, la Cour a refusé de considérer que la publication dans les informations administratives du tableau portant description des emplois-types constituât un fait nouveau capable de rouvrir le délai de réclamation⁶⁹¹. Cependant, une publication d'une décision relative aux critères en classement est de nature à justifier une demande de réexamen de la carrière du fonctionnaire ; le délai de recours commencera à compter de la date de publication de cette décision⁶⁹².

recours. Cela explique la jurisprudence selon laquelle il est exclu qu'un arrêt d'annulation de la Cour ou du Tribunal puisse constituer un fait nouveau permettant la réouverture des délais de recours » (T.P.I., arrêt du 26 novembre 2002, t-74/00, *Rec.* 2002, p. 4945). Voir en ce sens C.J.C.E., arrêt du 4 avril 1987, *Pressler-Hoeft/Cour des comptes*, c-225/85, *Rec.* 1987, p. 513.

⁶⁸⁸ C.J.C.E., arrêt du 1 janvier 1983, *Blomefield/Commission*, c-190/82, *Rec.* 1983, p. 3981. Voir également arrêt de la Cour du 14 novembre 1985, *Powell/Commission*, c-219/84, *Rec.* 1985, p. 3629.

⁶⁸⁹ C.J.C.E., arrêt du 26 septembre 1985, *Valentini/Commission*, c-231/84, *Rec.* 1985, p. 3027 ; arrêt du 10 juillet 1986, *Trenti/CES*, c-153/85, *Rec.* 1986, p. 2427.

⁶⁹⁰ C.J.C.E., arrêt du 21 juin 1988, *Commission/Grèce*, c-127/87, *Rec.* 1988, p. 3333. Voir en ce sens arrêt de la Cour du 14 juin 1988, *Muysers e.a./Cour des comptes*, c-167/87, *Rec.* 1988, p. 3037, et du 7 mai 1986, *Barcella e.a./Commission*, c-191/84, *Rec.* 1986, p. 1541.

⁶⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1986, *Barcella e.a./Commission*, c-191/84, *Rec.* 1986, p. 1541.

⁶⁹² C.J.C.E., arrêt du 1^{er} janvier 1983, *Blomefield/Commission*, c-190/82, *Rec.* 1983, p. 3981. Voir aussi ordonnance du 19 février 1987, *Mogensen/Commission*, c-101/86, *Rec.* 1987, p. 825.

L'application de la théorie des faits nouveaux ne permet pas le rétablissement de l'annulabilité d'un acte administratif devenu efficace sur le plan formel. De tels faits peuvent néanmoins écarter les conséquences de cette efficacité par l'annulation d'un acte confirmatif d'une décision initiale devenu définitive⁶⁹³. En effet, le fait nouveau n'a pas pour effet de rouvrir les délais pour attaquer une décision définitive mais, en raison de la modification qu'il comporte à partir du moment où il se produit, il constitue la base d'une nouvelle demande tendant à modifier la situation actuelle, même si celle-ci est la conséquence d'une décision qui remonte loin dans le temps. C'est pourquoi ce cas ne constitue pas, pour une abondante doctrine, une véritable exception au caractère absolu d'ordre public des délais⁶⁹⁴.

Sous-section 2. Des exceptions spéciales à certains délais d'action

§ 1^{er}. Dans le contentieux de la fonction publique

A) Le cas des « opérations juridiques complexes »

Dans le cadre du statut des fonctionnaires européens, la Cour a permis de battre en brèche l'efficacité des actes communautaires devenus définitifs lorsqu'ils sont pris dans le cadre d'une seule procédure administrative et sont étroitement liés à l'acte objet du litige⁶⁹⁵. Dans l'affaire *Cesare Alfieri*⁶⁹⁶, la Cour a décidé que, dans le cadre d'une procédure de recrutement

⁶⁹³ Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, précité, p. 1100.

⁶⁹⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Kortner e.a./Conseil e.a., c-15/73, arrêt du 21 février 1972, *Rec.* 1974, p. 196. Voir dans le même sens Christian Gabolde, *Traité pratique de la procédure des tribunaux administratifs*, Paris, Dalloz, 1974, p. 136.

⁶⁹⁵ La Cour semble toutefois limiter cette jurisprudence au cas de concours, car c'est uniquement dans ce domaine que les décisions sont liées les unes aux autres. Ceci n'empêche pas, à notre avis, l'extension de cette jurisprudence à d'autres domaines lorsque le même lien peut exister entre la décision attaquée et un acte antérieur devenu définitif.

⁶⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 7 avril 1965, Alfieri/Parlement, c-35/64, *Rec.* 1965, p. 337. La Cour applique ici la théorie dite de l'« opération juridique complexe », connue en droit français et en droit belge, et qui couvre le cas où la décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou plusieurs décisions successives, spécialement

administratif et au vu de la cohésion des différents actes composant cette procédure, « *il échet d'admettre qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre des actes ultérieurs d'une telle procédure, le requérant peut faire valoir l'irrégularité des actes antérieurs qui lui sont étroitement liés ; que dès lors, les griefs invoqués par le requérant notamment contre l'avis litigieux peuvent être pris en considération par la Cour pour apprécier la légalité de ladite nomination* ». La Cour n'hésita pas à expliquer les raisons qui l'avaient amenée à prendre une telle décision : « *Attendu qu'une procédure de recrutement se composant de plusieurs actes interdépendants, cette exception reviendrait à exiger que les intéressés forment autant de recours que ladite procédure comporte d'actes susceptibles de faire grief* »⁶⁹⁷.

Dans l'affaire *Marie-Élizabeth Agazzi*, qui concernait une procédure de concours administratif communautaire, la Cour de justice a statué dans le même sens : « *le fait de ne pas avoir attaqué l'avis de concours dans les délais n'empêche pas un requérant de se prévaloir d'irrégularités intervenues lors du déroulement du concours, même si l'origine de telles irrégularités peut être trouvée dans le texte de l'avis de concours* »⁶⁹⁸.

B) Le principe de bonne foi

Dans le contentieux de la fonction publique, la Cour de justice a permis, dans un cas unique, de déroger au principe de sécurité juridique et admis la recevabilité du recours en dépit de l'expiration du délai, et ceci pour des raisons tirées du respect du principe de bonne foi. Il s'agit de l'affaire *Maria Grazia Celant*⁶⁹⁹. Dans le cas d'espèce, un accord avait été conclu entre la Communauté et l'INPS en vue du transfert au régime communautaire, des droits à pension des agents précédemment affiliés au régime de pension italien. La Commission avait

prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement (René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 578).

⁶⁹⁷ On doit observer que la Cour n'a pas retenu les arguments de la défenderesse qui se basaient sur le fait que les actes préparatoires d'une nomination seraient éventuellement détachables du résultat et susceptibles d'être attaqués séparément pour autant qu'ils fassent grief.

⁶⁹⁸ C.J.C.E., arrêt du 6 juillet 1988, *Agazzi Leonard/Commission*, c-181/87, *Rec.* 1988, p. 3823. Voir en ce sens ordonnance du 14 mars 1986, *Sergio/Commission*, c-64/86, *Rec.* 1986, p. 1081, et arrêt du 11 mars 1986, *Adams/Commission*, c-294/84, *Rec.* 1986, p. 977.

⁶⁹⁹ C.J.C.E., arrêt du 6 octobre 1983, *Celant e.a./Commission*, c-118/82, *Rec.* 1983, p. 2995.

notifié cet accord aux requérants en juin 1978, lesquels lui avaient fait connaître leur intention de mettre à profit cette possibilité. En retour, ils s'étaient vus notifier, en juin et juillet 1981, le calcul exact des annuités qui leur étaient reconnues. Cependant, si les requérants confirmèrent leur option pour le transfert de leur droit à pension vers le régime communautaire, ils émirent cependant des réserves sur le calcul des annuités retenues à cet effet. Ils introduisirent des réclamations devant la Commission, mais faute d'une réponse dans le délai de trois mois, durent saisir la Cour de justice.

Devant la Cour, la Commission contesta la recevabilité du recours au motif que le point de départ du recours devait être la décision d'appliquer aux anciens agents le régime communautaire de pension, notifiée aux requérants en juin 1978. Selon la Commission, la notification du calcul définitif en 1981 ne constituait que la suite logique de cette décision. La Cour s'exprime ainsi par rapport à ce moyen : « *[c]ette exception soulevée par la Commission doit être écartée comme contraire à la bonne foi qui doit régir les rapports entre l'administration communautaire et ses fonctionnaires et agents, même dans une situation contentieuse. Il y a lieu de faire remarquer, à ce sujet, que les communications diffusées en juin 1978 n'étaient pas des décisions, mais une offre aux agents intéressés, dont les suites dépendaient de l'acceptation de ces dernières. Au surplus, compte tenu de la complexité des calculs qui ont servi à déterminer, pour chacun des requérants individuellement, l'équivalent actuariel des droits acquis dans le régime national auquel ils avaient été précédemment affiliés, et la conversion de cet actif en annuités selon les normes du régime communautaire, il est évident que les requérants n'étaient pas en mesure de soulever utilement une réclamation et d'introduire un recours ayant la date des décisions notifiées en juin/ juillet 1981* »⁷⁰⁰.

La Cour ne conteste pas le fait que c'est bien la décision de juin 1978 qui fait grief au requérant. Cependant, pour les raisons de bonne foi qui viennent d'être avancées, elle considère que l'expiration du délai qui avait pris cours à cette date ne peut être invoquée à l'encontre du requérant.

⁷⁰⁰ C.J.C.E., Celant e.a./Commission, précité, § 14-15.

§ 2. Le cas des actes inexistants

C'est l'une des principales atténuations à l'impérativité des délais de recours. Ces actes, comme on l'a précisé dans un chapitre précédent⁷⁰¹, sont des actes entachés par des vices très graves. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice, ils sont susceptibles d'un recours en annulation à tout moment, sans condition de délai⁷⁰². Leurs vices graves justifient qu'ils soient soustraits à la toile de protection que les délais de recours peuvent offrir aux justiciables.

§ 3. Le renvoi d'une affaire d'un juge communautaire à l'autre

Une dernière exception peut être mentionnée, même s'il ne s'agit pas d'une vraie exception au délais de recours. Ce cas concerne l'hypothèse où la Cour renvoie une affaire au Tribunal ou *vice versa*. Dans le cas où l'affaire est renvoyée après l'expiration du délai de recours, ceci n'affectera pas la recevabilité du recours. Toutefois, il est nécessaire que la juridiction qui a renvoyé l'affaire ait été saisie dans les délais prévus. Bien qu'il s'agisse d'une erreur de la part des requérants, la jurisprudence n'a pas voulu sanctionner une expiration du délai de recours devant l'autre juge qui est uniquement la conséquence du déroulement de la procédure juridictionnelle devant le juge initialement saisi⁷⁰³.

⁷⁰¹ Voir *supra*, chap. III.

⁷⁰² C.J.C.E. arrêt du 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission*, c-245/92, *Rec.* 1999, p. 4643.

⁷⁰³ C.J.C.E., arrêt du 10 avril 2003, *Parlement / Société d'aménagement et d'équipement de la région de Strasbourg (SERS) et Ville de Strasbourg*, c-167/99, *Rec.* 2003, p. 3269, § 53.

CHAPITRE V

LA FIN DE NON-RECEVOIR RELATIVE AU RECOURS PARALLÈLE

La fin de non-recevoir⁷⁰⁴ relative au recours parallèle s'oppose à la recevabilité d'un recours lorsque, pour obtenir le même résultat que celui-ci pourrait lui procurer, le requérant dispose d'une autre action contentieuse relevant de la compétence d'une autre juridiction⁷⁰⁵. À cet égard, il faut, pour que l'autre action soit considérée comme un recours parallèle, qu'elle soit en mesure de procurer au requérant un résultat identique ou semblable à celui du recours principal. En d'autres termes, cette fin de non-recevoir ne serait admise que si l'autre recours contentieux permettait aux parties de se voir reconnaître le même droit que celui revendiqué dans le cadre du premier recours⁷⁰⁶.

Historiquement, cette fin de non-recevoir trouve ses origines dans le droit français. Elle a été consacrée vers la fin du 19^e siècle par le Conseil d'Etat français — sous l'influence de ses commissaires de gouvernement⁷⁰⁷ — spécialement pour la recevabilité du contentieux de l'excès de pouvoir. La mise en œuvre de cette fin de non-recevoir était principalement fondée

⁷⁰⁴ Il se trouve que ce moyen d'irrecevabilité est souvent dénommé « exception de recours parallèle ». Cependant, nous pensons que pareille dénomination ne reflète pas correctement la nature juridique de ce moyen. En principe, « l'exception » est destinée à attaquer la procédure qui est mal engagée ; son caractère principal est d'aboutir à une paralysie temporaire de la demande formée irrégulièrement. Ce qui n'est pas le cas de la fin de non-recevoir tirée du recours parallèle, qui s'oppose à ce que le juge de l'excès de pouvoir connaisse l'acte définitivement : elle ne recherche pas un arrêt temporaire de la procédure, mais écarte définitivement l'action de la compétence du Conseil d'Etat. Sous cet angle, à notre avis, l'existence d'un recours parallèle relève plutôt des fins de non-recevoir que des exceptions, parce que c'est le droit d'action qui est en cause. Voir dans ce sens Josianne Tercinet, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *R.F.D.A.* 1993, p. 705.

⁷⁰⁵ Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours de droit, 1970, p. 1304. Cette exception s'applique également en matière de contentieux électoral, fiscal et contractuel. Voir René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, p. 642.

⁷⁰⁶ Ainsi, la décision refusant d'admettre un enfant dans une école d'une commune autre que celle de son domicile ne peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir, le conseil départemental de l'enseignement primaire pouvant décider, sur le recours des intéressés, du droit à l'admission (C.E. 26 nov. 1937, Ligot, *S.* 1938.III.15, cité par Jean-Marie Auby et Roland Drago, *précité*, T. II, p. 443).

⁷⁰⁷ Aucoc, conclusions sous C.E., 20 février 1868, Couder et Bouchers de Paris, *Leb.* p. 193. Voir aussi Belbeuf, conclusions sous C.E., 4 février 1869, Mazet et Boulangers de Monluçon, *Leb.* p. 96 ; *S.* 1870. III. 92 ; conclusions sous 15 mai 1869, Commune de petite Synthe, *Leb.* p. 469.

sur le caractère subsidiaire de ce recours, considéré comme « une ressource suprême à réserver dans le cas où il n'y a pas d'autres recours possibles »⁷⁰⁸. On ajoutait aussi que les règles de compétence risquaient d'être troublées par un usage abusif du recours pour excès de pouvoir⁷⁰⁹. Toutefois, pour le Conseil d'Etat, cela relevait en réalité d'un souci d'éviter l'encombrement du prétoire⁷¹⁰.

En droit communautaire, il n'existe aucun texte normatif, ni dans les traités constitutifs ni dans les règlements de procédure ou le statut de la Cour de justice, qui puisse permettre à cette dernière d'opposer l'irrecevabilité à un recours du contentieux communautaire en raison de l'existence d'une voie de recours parallèle. La subordination d'un recours communautaire à d'autres voies de recours n'est pas envisagée par le droit communautaire : l'autonomie des recours communautaires y est, en effet, un principe incontestable. Cependant, la Cour de justice a développé une jurisprudence importante en matière du recours en responsabilité, qui a fait naître, selon la majorité de la doctrine, une nouvelle fin de non-recevoir relative au recours parallèle. Cette fin de non-recevoir repose principalement sur le caractère subsidiaire du recours en responsabilité extracontractuelle par rapport aux voies de recours interne. Elle établit un parallélisme entre deux recours qui appartiennent à des ordres de juridiction différents. Une autre forme de cette fin de non-recevoir peut être développée dans la pratique jurisprudentielle communautaire dans la relation entre le renvoi en appréciation et le recours en annulation. Dans ce cas, il s'agit d'un cas absolu de recours parallèle puisque les deux recours appartiennent au même ordre de juridiction et ne sont pas liés par aucun lien de subsidiarité.

On soulignera à titre liminaire que la Cour de justice n'a pas tardé, dès ses premiers arrêts, à attribuer la qualité d'ordre public à ce moyen d'irrecevabilité, indépendamment du fait que le recours soit susceptible d'être subordonné à un autre recours parallèle. Le moyen relatif au recours parallèle est, en tout état de cause, un moyen d'ordre public.

⁷⁰⁸ Aucoc, conclusions sous C.E., 20 février 1868, Couder et Bouchers de Paris, p. 193.

⁷⁰⁹ Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 580.

⁷¹⁰ J.-M. Auby et R. Drago, *précité*, T. II, p. 434.

Dans une première section, nous allons explorer la question du moyen d'ordre public relatif à l'existence d'un autre recours parallèle dans le cadre du recours en indemnité. Dans une deuxième section, nous examinerons la possibilité de l'invocation d'un tel moyen en dehors du cadre du contentieux de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté.

SECTION 1. LE RECOURS PARALLÈLE QUI NE RELÈVE PAS DE LA JURIDICTION COMMUNAUTAIRE

La recevabilité du recours en indemnité est en principe subordonnée à l'épuisement par le requérant des voies de recours internes. La subsidiarité d'un recours de droit communautaire à l'égard des voies de recours nationales n'est envisageable que dans le cadre du recours en indemnité⁷¹¹. Il faut cependant observer que la reconnaissance par la Cour de justice de ce moyen d'irrecevabilité a été empreinte d'hésitations (§ 1^{er}). Après sa reconnaissance officielle comme moyen d'ordre public communautaire, des doutes peuvent subsister à propos de l'intérêt du maintien de l'application d'une telle règle (§ 3). Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice est constante quant au caractère d'ordre public de ce moyen, ce qui nous conduit à rechercher le fondement de ce caractère et à en préciser la nature (§ 2).

§ 1^{er}. L'apparition du moyen dans la jurisprudence relative au recours en indemnité

A) La notion en droit communautaire

En vertu de l'article 288 CE, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou

⁷¹¹ Voir plus précisément infra § 2 le principe de subsidiarité fondement du caractère d'ordre public du moyen.

par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. Les litiges relatifs à la réparation de ces dommages relèvent de la compétence de la Cour de justice (et de la compétence du Tribunal de première instance depuis 1993).

En principe, l'action en indemnité a été instituée comme une voie autonome ayant sa fonction particulière dans le cadre du système des voies de recours et subordonnée à des conditions spécifiques d'exercice conçues en vue de son objet d'exercice⁷¹². Cependant, la Cour de justice, animée du souci d'éviter une confusion entre l'action en remboursement sur le plan national et le recours en indemnité communautaire, a souvent déclaré le recours en indemnité irrecevable en raison de l'existence d'autres voies de recours nationales effectives qui n'avaient pas été épuisées.

Par épuisement des voies de recours nationales, il faut entendre l'utilisation d'une voie de recours nationale contre un acte national, et non pas l'utilisation des moyens de droit communautaire contre un acte communautaire à l'occasion d'une procédure juridictionnelle nationale⁷¹³.

La mise en oeuvre de la condition de l'épuisement des voies de recours internes doit être limitée au seul cas où la responsabilité de la Communauté peut être engagée parallèlement à celle des autorités nationales qui sont à l'origine de l'acte faisant grief au requérant. En outre, source du dommage doit être constituée des sommes d'argent perçues ou réclamées à ces autorités en vertu des textes communautaires. En d'autres termes l'action doit consister dans une répétition de l'indu. Si le recours relève de la compétence exclusive de la Cour de justice ou de celle des juridictions nationales, l'irrecevabilité ne peut être décidée. C'est un autre moyen d'ordre public qui pourrait alors être employé, celui relatif à l'incompétence

⁷¹² C.J.C.E., arrêt du 29 septembre 1987, *De Boer Buizen BV/Conseil et Commission*, c-81/86, *Rec.* 1987, p. 3677.

⁷¹³ E.W. Fuss, « La responsabilité des organes de la CEE », *R.T.D.E.*, 1981, p. 21. Selon l'auteur, ce dernier cas s'est présenté dans l'affaire *Collignon* qui portait sur la légalité de la nomination d'une autre personne que la requérante au poste pour laquelle celle-ci avait concouru. La Cour a estimé que la requérante aurait pu éviter le préjudice si elle avait intenté un recours en annulation contre l'acte de la Commission en temps utile (C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1967, *Collignon/Commission*, c-4/67, *Rec.* 1967, p. 469).

juridictionnelle de la Cour de justice. En effet, les articles 235 et 288 du traité CE ne donnent compétence à la Cour que pour réparer les dommages causés par les institutions communautaires ou par les agents de celles-ci agissant dans l'exercice de leurs fonctions : les dommages causés par les organes nationaux ne peuvent pas mettre en jeu la responsabilité de la Communauté ni relever de la compétence de la Cour de justice⁷¹⁴.

Ainsi, l'hypothèse est celle de la responsabilité extracontractuelle dérivée non d'un fait ou d'un comportement matériel, mais d'un acte juridique taxé d'illégalité de la Communauté⁷¹⁵.

Malheureusement, pour ce qui est des limites du champ d'application de ce moyen, aucune orientation n'apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour⁷¹⁶. Il est permis cependant de distinguer — avec l'avocat général Gulmann⁷¹⁷ — trois cas :

- Soit le dommage est causé par le comportement des autorités nationales, celles-ci ayant mal interprété ou mal appliqué la réglementation communautaire. Dans ce cas, la juridiction nationale a compétence exclusive.
- Soit le dommage est causé en réalité par une institution communautaire qui a déterminé, par des règles générales ou des décisions, le comportement des autorités nationales qui est directement à l'origine du dommage. Dans ce cas, le recours peut être tranché par les juridictions nationales aussi, dans certains cas qui concernent les affaires dans lesquelles la demande d'indemnisation vise en substance au remboursement d'un montant ou au versement d'une prestation qui a été refusée à tort.

⁷¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 26 février 1986, Krohn/Commission, c-175/84, *Rec.* 1986, p. 75, § 18.

⁷¹⁵ C.J.C.E., arrêt du 18 avril 1991, Assurances du crédit SA et Compagnie belge d'assurance crédit SA/Conseil, c-63/83, *Rec.* 1991 p. 1799.

⁷¹⁶ Fausto Capelli et Maria Migliazza, « Indemnité et protection des intérêts individuels », *C.D.E.*, 1995, p. 604.

⁷¹⁷ Conclusions de l'avocat général devant la Cour dans l'affaire Emerald Meats/Commission, arrêt du 20 janvier 1993, c-106/90, *Rec.* 1993, p. 209, § 74.

- Soit, enfin, la responsabilité collective de l'administration nationale et de l'institution communautaire est engagée, leurs comportements respectifs ayant concouru à la survenance du dommage. Dans ce troisième cas, le recours doit être subordonné en tout cas à l'épuisement des voies de recours internes⁷¹⁸.

B) Les hésitations de la Cour de justice

On peut distinguer trois phases, s'agissant du processus de reconnaissance de ce moyen par la Cour de justice.

1. La première reconnaissance

La première mise en œuvre de ce moyen a eu lieu dans l'affaire *Kampffmeyer*⁷¹⁹. Le préjudice allégué dans cette affaire consistait dans le dommage provoqué par la décision de la Commission qui avait autorisé l'Allemagne à maintenir les mesures de sauvegarde applicables à l'importation de maïs, mesures qui avaient été jugées non valides par la Cour de justice. Deux procès portant sur la réparation du même dommage avaient été entamés par les requérants, l'un devant les juridictions nationales allemandes, l'autre devant la Cour de justice.

⁷¹⁸ On peut rencontrer d'autres tentatives de classification présentées par d'autres avocats généraux. Par exemple, l'avocat général Darmon, dans ses conclusions dans l'affaire *Cato*, distingue deux hypothèses. Il y a d'abord le cas où l'action se borne, en fait, à obtenir le remboursement des sommes perçues par l'autorité nationale en vertu d'un acte communautaire dont la légalité est contestée par le requérant. Dans ce cas, le recours à l'article 215 (devenu 288 CE) n'est pas ouvert parce que les procédures nationales auraient permis au requérant d'obtenir la répétition de l'indu, après renvoi préjudiciel et déclaration d'invalidité du règlement contesté. En revanche, dans l'hypothèse où le requérant demande le bénéfice d'un avantage qui lui serait illégalement refusé par un texte de droit communautaire dérivé, le recours en responsabilité est recevable dans la mesure où l'introduction d'une instance devant les juridictions nationales n'aurait pas permis au requérant d'obtenir l'avantage demandé (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Cato*, arrêt du 8 avril 1992, c-55/90, *Rec.* 1992, p. 2533, § 14). Dans ses conclusions dans l'affaire *AERPO*, l'avocat général Jacobs estime que la Cour de justice est aussi compétente, comme les juridictions nationales, pour connaître du recours en indemnité quand le recours ne vise pas uniquement la différence entre la compensation et les indemnités payables suivant les nouveaux coefficients d'adaptation et les montants payables d'après les anciens coefficients d'adaptation, mais comprend également le préjudice qu'elles (les parties) déclarent avoir subi du fait du fléchissement allégué des cours, consécutif à l'adoption du règlement litigieux (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *AERPO*, arrêt du 6 juin 1990, *Rec.* 1990, p. 2189).

⁷¹⁹ C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1967, *Kampffmeyer e.a./Commission*, c-5/66, *Rec.* 1967, p. 317. Voir dans ce sens Jürgen Schwarze, *précité*, Bruylant 1994, p. 567.

La Cour, après avoir constaté la responsabilité de la Communauté décida, en ce qui concerne le dommage dû à la perception des prélèvements par l'autorité nationale pour effectuer de telles importations, que ces prélèvements avaient été faits au nom et au profit du gouvernement allemand et que, en conséquence, le remboursement des montants de ces prélèvements par les autorités nationales pourrait réparer suffisamment le dommage. La Cour a ainsi exigé des requérantes qu'elles présentent la preuve de l'épuisement des voies de recours parallèles avant de condamner la Commission au remboursement des prélèvements. En ce qui concerne le dommage résultant du manque à gagner, la Cour de justice a préféré suspendre la procédure pour attendre la décision de la juridiction nationale parce que, selon elle, « *il convient d'éviter que les requérantes ne soient, en raison d'appréciations différentes d'un seul et même dommage par deux juridictions différentes appliquant des règles de droits différentes, ni suffisamment ni abusivement indemnisées* »⁷²⁰.

Il convient de remarquer que l'existence d'un recours parallèle n'a pas été examinée par la Cour de justice au niveau de la recevabilité, mais lors de l'examen au fond de l'affaire. Partant, il faut constater que la Cour ne reconnaissait pas à l'époque ce moyen comme une fin de non-recevoir, mais plutôt comme une exception de fond⁷²¹.

2. La phase du déni

Cette jurisprudence n'a pas réussi à survivre aux débuts des années soixante-dix, face aux attaques successives des avocats généraux qui voyaient dans la mise en œuvre de cette règle procédurale une renaissance de la notion du recours parallèle, qui avait été abandonnée dans le

⁷²⁰ Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général contestait l'idée du caractère subsidiaire de la condamnation. Il estimait que la Cour ne pouvait pas porter de jugement sur le comportement des autorités nationales et ne pouvait pas se borner à mettre à charge de la Communauté une partie de la réparation du dommage. Il suggérait, pour éviter une double indemnisation, d'assortir la condamnation d'une clause qui aurait eu cet effet (conclusions de l'avocat général devant la Cour dans l'affaire *Kampffmeyer*, précité, *Rec.* 1967, p. 317).

⁷²¹ Voir pour une critique de cette jurisprudence L. Goffin, « Responsabilité non contractuelle », *C.D.E.*, 1968, p. 83-94, sp. p. 93).

droit français⁷²². Dans l'affaire *Merkur*⁷²³, concernant le cas d'un préjudice provenant du fait que la Commission n'avait pas conféré à ses mesures compensatoires un effet rétroactif, la Cour déclara le recours en indemnité recevable, en refusant l'exception d'irrecevabilité basée sur le non-épuisement des voies de recours internes⁷²⁴. Elle fondait son raisonnement sur des motifs liés à une « économie de procédure » : *« il serait (...) contraire à une bonne administration de la justice et à une exigence d'économie de procédure d'obliger la requérante à recourir aux voies de droit nationales et à attendre ainsi, pendant une période prolongée qu'il soit statué définitivement sur sa demande »*⁷²⁵. La Cour renonce à l'application de ce motif d'irrecevabilité de peur de soumettre le droit du requérant à un recours en indemnité au risque de la prescription prévue par l'article 46 du statut de la Cour.

L'avocat général Mayras avait suggéré à la Cour la même solution en invoquant les mêmes motifs⁷²⁶ : *« des années s'écouleraient sans doute avant qu'il ne parvienne au terme de ce périple judiciaire.... Il est exceptionnel que votre décision ne soit pas rendue dans les six mois qui suivent la date à laquelle le juge national vous a saisis. Mais vous ne pouvez ignorer que, du tribunal de première instance à la Cour de révision ou de cassation, en passant par la*

⁷²² Dans ses conclusions sous l'affaire *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit/Commission*, l'avocat général a refusé catégoriquement l'acceptation de la fin de non-recevoir relative au recours parallèle. « Nous nous sommes demandé si, sans reprendre le terme, elle ne cherchait pas à vous faire instituer en droit communautaire cette exception de « recours parallèle » qui eut tant d'effet déplorable en droit français jusqu'à ce que les efforts conjugués du législateur et de la jurisprudence l'aient pratiquement privée de toute portée » (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit/Commission*, arrêt du 13 juin 1972, *Rec.* 1972, p. 391, sp. p. 414). Dans ses conclusions sous l'affaire *Merkur*, l'avocat général Mayras estimait qu'il fallait distinguer le contentieux de la création de l'assiette et de la fixation du taux d'une taxe et le contentieux de son recouvrement. Il pensait que les contestations portant sur le recouvrement, seraient les seules qui doivent être traitées par les autorités nationales et exclusivement par elles, tandis que les litiges qui portent sur l'existence légale des taxes créées par les institutions communautaires, sur leur assiette ou sur leur taux, seraient de compétence exclusive de la Cour de justice. L'avocat général Mayras se basait également, pour contester cette fin de non-recevoir, sur un autre motif relatif à l'économie de procédure. Il pensait que si le requérant suivait la voie tracée par la Cour de justice, les juridictions nationales ne pourraient pas décider de la responsabilité de la Communauté et allaient ainsi devoir renvoyer à nouveau l'affaire à la Cour de justice, ce qui aurait constitué un détour incompatible avec le caractère autonome du recours en indemnité et sa fonction particulière dans le cadre du système des voies de recours (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Merkur*, c-43/72, *Rec.* 1973, p. 1083). Voir dans le même sens les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Wagner*, arrêt du 12 décembre 1979, c-12/79, *Rec.* 1979, p. 3657.

⁷²³ C.J.C.E., arrêt du 24 octobre 1973, *Merkur, Außenhandel-GmbH & Co. KG/Commission*, c-43/72, *Rec.* 1973, p. 1055.

⁷²⁴ Bien que la Cour ait constaté l'existence d'une voie de recours nationale parallèle consolidée par la procédure de l'article 177 (devenu 235 CE).

⁷²⁵ Affaire *Merkur*, *précité*, § 6.

⁷²⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Merkur* (*précité*), *Rec.* 1973, p. 1080.

*juridiction d'appel, il faut parfois plus de cinq ans pour qu'une question préjudicielle, soulevée dans un litige engagé dans l'un quelconque des Etats membres, vous soit effectivement renvoyée »*⁷²⁷.

Il est manifeste que l'affaire *Merkur* constitue un vrai revirement par rapport à *Kampffmeyer*, puisque les circonstances juridiques dans les deux affaires sont analogues. En effet, le préjudice en cause dans les deux affaires était directement imputable à l'institution communautaire. De plus, dans les deux cas, l'acte faisant grief au requérant était un acte national, susceptible d'être attaqué devant les juridictions nationales⁷²⁸. La seule particularité de l'affaire *Merkur* par rapport à l'affaire *Kampffmeyer* est que dans la première, les recours nationaux ne pouvaient pas être effectifs, attendu que la réparation du dommage nécessitait une intervention du Conseil pour arrêter des nouvelles mesures compensatoires. Ceci, à notre avis, ne suffisait pas à justifier une telle réorientation de la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci pouvait simplement déclarer que le recours national était inefficace sans avoir besoin de nier totalement l'application de cette règle.

Il convient de remarquer que si cette phase a été négative à l'égard de la reconnaissance de cette règle procédurale, il n'en reste moins que la place et la nature du moyen relatif au recours parallèle ont été corrigés : ce n'est plus un moyen de fond, mais un moyen examiné par la Cour de justice au niveau de l'irrecevabilité.

3. Le retour à la reconnaissance

Trois ans plus tard, un retour à la reconnaissance de ce moyen semble poindre. C'est dans l'affaire *Lesieur*⁷²⁹ que la Cour lui a redonné vie. À l'occasion d'un recours en indemnité

⁷²⁷ La Cour de justice a suivi l'opinion de son avocat général.

⁷²⁸ Dans l'affaire *Kampffmeyer*, précité, l'acte national consistait dans le prélèvement des sommes pour importation tandis que, dans l'affaire *Merkur* (précité), l'acte consistait dans le refus de l'autorité nationale de verser au requérant la somme des montants compensatoires pour des exportations effectuées par ce dernier vers des pays tiers.

⁷²⁹ C.J.C.E., arrêt de la Cour du 17 mars 1976, *Lesieur Cotelle et Associés SA et autres contre Commission*, c-67 à 85-75, *Rec.* 1976, p. 391.

tenté contre la Commission pour l'abrogation de certains montants compensatoires, la Cour déclara le recours recevable pour une partie des demandes et irrecevable pour l'autre. La Cour justifie l'irrecevabilité par le fait que les requérantes disposaient de voies de recours internes dont elles pouvaient se prévaloir pour obtenir la réparation du dommage ; en ce qui concerne les autres demandes, elles étaient recevables, car les requérantes n'auraient pu en temps utile se rendre compte des insuffisances ou des illégalités dont ces décisions auraient été entachées et en saisir les juridictions nationales compétentes⁷³⁰.

La Cour de justice confirma sa jurisprudence *Lesieur* dans l'affaire *Dietz*⁷³¹. L'intérêt de cette dernière est qu'elle traite un cas totalement identique à celui de *Merkur*, dans la mesure où le dommage allégué résultait de la non-fixation par la Commission des montants compensatoires pour les anciens contrats passés avant le règlement mis en cause. Ce qui indique clairement que la Cour a décidé l'abandon de sa jurisprudence *Merkur*.

Toutefois, à la différence de l'affaire *Lesieur*, la Cour, dans l'affaire *Dietz*, a déclaré le recours recevable sur base de *l'ineffectivité des voies de recours nationales*. La Cour a pris en considération le fait que le renvoi préjudiciel offert aux requérantes, s'il emprunte les voies de recours nationales, ne pourrait être effectif pour la réparation du dommage, parce que la juridiction nationale ne pourrait en tirer les conséquences et dédommager la requérante, puisque ceci nécessite la modification de l'acte communautaire afin que la juridiction nationale puisse donner droit à la requérante auxdites montants compensatoires⁷³². A notre avis, le changement de base de la recevabilité du recours est dû principalement au fait que, dans l'affaire *Lesieur*, le dommage ne résultait pas de la fixation de ces montants comme c'était le cas dans l'affaire *Dietz*, mais de l'annulation de ceux-ci. Ce qui implique que la réparation du dommage dans l'affaire *Lesieur* n'exigeait pas une intervention de l'auteur de

⁷³⁰ Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général avait proposé de déclarer le recours recevable sur base de la compétence juridictionnelle de la Cour parce que la requérante ne réclamait pas des sommes liquides. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Lesieur Cotelle et Associés SA/Commission*, arrêt du 17 mars 1976, c-67 à 85-75, *Rec.* 1976, p. 391.

⁷³¹ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1977, *Dietz/Commission*, c-126/76, *Rec.* 1977, p. 2431.

⁷³² Voir pour la même principe C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1983, *Commission/Conseil*, c-218/82, *Rec.* 1983, p. 4063.

l'acte communautaire » : une décision d'invalidité sur base d'une décision préjudicielle suffisait à cet effet.

La Cour n'avait pas encore reconnu officiellement l'existence d'un tel moyen relatif à d'irrecevabilité, pas plus qu'elle n'avait cherché à éclaircir sa raison d'être. Elle s'était contentée de refuser ou d'accepter les exceptions tirées de l'épuisement des voies de recours parallèles. Dans l'affaire *Krohn*⁷³³, à l'occasion d'un recours en indemnité dirigé contre le refus de l'administration allemande d'octroyer à la requérante une licence d'importation, refus qui avait été ordonné sur base d'instructions spécifiques émanant de la Commission, la Cour déclara expressément pour la première fois que la recevabilité de l'action en indemnité peut se trouver subordonnée, dans certains cas, à l'épuisement de voies de recours internes qui sont ouvertes pour obtenir l'annulation de la décision de l'autorité nationale. Cet arrêt affirme expressément que si des voies de recours en annulation peuvent être utilisées contre les mesures nationales prises en exécution du droit communautaire, la Cour de justice se trouve aussi compétente pour examiner l'affaire, du fait que le préjudice allégué est imputable à une institution communautaire. Cependant, sa compétence d'examiner le recours ne commence qu'après l'épuisement de la compétence de la juridiction nationale⁷³⁴. C'est la consécration officielle du caractère subsidiaire du recours en indemnité.

La jurisprudence *Krohn* est aussi considérée comme la jurisprudence officielle de la Cour en matière de recours parallèle. Confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs⁷³⁵, cette jurisprudence est devenue constante au fil des années. Les conditions d'application et le fondement de ce moyen, adoptés par la Cour dans cet arrêt, restent inchangés. Quant au tribunal de première

⁷³³ C.J.C.E., arrêt du 26 février 1986, *Krohn/Commission*, c-174/84, *Rec.* 1986, p. 753.

⁷³⁴ On doit noter que dans l'affaire *Krohn*, la Cour a déclaré le recours en indemnité recevable du fait que le recours national n'était pas effectif car « rien ne permet d'affirmer que l'annulation de la décision du Balm et la délivrance, après plusieurs années, des certificats d'importation réclamés en 1982 compenserait le préjudice subi par Krohn à cette époque ; une telle annulation ne dispenserait donc pas la requérante, pour obtenir réparation, de présenter devant la Cour un recours au titre des articles 178(devenu 235 CE) et 215(devenu 288 CE), alinéa 2, du traité ». Id, § 28.

⁷³⁵ Voir arrêt de la Cour du 30 mai 1989, *Roquette frères/Commission*, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553 ; arrêt du 29 juin 1988, *Deville/Administration des impôts*, c-240/87, *Rec.* 1988, p. 3513 ; arrêt du 29 septembre 1987, *De Boer Buizen BV/Conseil et Commission des Communautés européennes*, c-81/86, *Rec.* 1987, p. 3677.

instance, il s'est inscrit dans le droit fil de cette jurisprudence après 1993, quand la compétence relative au recours en indemnité lui fut transférée⁷³⁶.

§ 2. Un moyen d'ordre public communautaire relatif à l'existence d'un autre recours parallèle

La condition de l'épuisement des voies de recours internes est incontestablement un moyen d'ordre public communautaire. Même si la Cour n'a pas reconnu explicitement son caractère d'ordre public, il s'agit d'un moyen qu'elle se réserve toujours le droit de soulever d'office en cas de carence des parties. La principale affaire dans laquelle la Cour a énoncé expressément son pouvoir de soulever un tel moyen d'office était précisément l'affaire *Krohn*, dans laquelle la Commission n'avait pas soulevé une fin de non-recevoir contre le recours en indemnité, mais simplement des doutes sur la recevabilité du recours en raison du non-épuisement des voies de recours nationales. Cependant, la Cour soulevé l'irrecevabilité du recours d'office⁷³⁷.

Si l'affaire *Krohn* est la première à consacrer clairement ce moyen comme un moyen d'ordre public, tout en expliquant la base juridique de son existence, cependant on doit constater que le caractère d'ordre public du moyen n'a jamais été mis en cause par la Cour de justice depuis son apparition dans l'affaire *Kampffmeyer*, en dépit du fait qu'il avait pris, au début, la forme d'une exception de fond. Il est facile de remarquer que dans ses premières arrêts, la Cour a soulevé ce moyen d'office, sans toutefois le mentionner dans les termes de son prononcé⁷³⁸. Il est permis de relever au surplus que la Cour avait eu l'occasion, avant l'affaire *Krohn*, de se prononcer sur son pouvoir de soulever d'office ce moyen. Dans l'affaire *Lesieur*, la défenderesse avait omis de présenter son exception d'irrecevabilité relative au recours parallèle dans les délais requis, se contentant de le présenter à l'occasion de la procédure

⁷³⁶ En vertu de l'article 4 de la décision 93/350/Euratom, CECA, CE du Conseil, du 8 juin 1993, modifiant la décision 88/591/CECA, CE, Euratom instituant le Tribunal de première instance des Communautés européennes (J.O.C.E., n° L 144, du 16 juin 1993, p. 21-22).

⁷³⁷ Voir également dans ce sens C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, *Roquette frères/Commission*, précité.

⁷³⁸ Voir spécialement affaire *Merkur* (précité).

orale. La Cour, en dépit de ce que la requérante avait contesté la recevabilité de cette exception en raison de sa tardivité, a déclaré l'exception recevable en vertu de son pouvoir de le soulever d'office.

Ce moyen d'ordre public est fondé sur l'existence d'un autre recours national parallèle (A). Toutefois, l'application du moyen peut être confondue avec d'autres moyens d'ordre public comme celui de l'incompétence (B).

A) Un moyen d'ordre public relatif à l'existence d'un recours parallèle

On doit constater tout d'abord que cette condition de recevabilité ne peut être assimilée à celle qui est relative à l'épuisement des voies de recours nationaux, connue en droit international et notamment en matière des conflits relatifs à l'immunité diplomatique. Celle-ci est certainement fondée sur le respect de la souveraineté des Etats⁷³⁹, tandis qu'en droit communautaire elle ne peut apparaître comme une sorte de « réserve de souveraineté », étant donné que les Etats membres ont sacrifié l'exercice d'une partie de leur souveraineté en faveur de la Communauté. De plus, on peut considérer que le système juridictionnel de la Cour de justice s'incorpore dans l'organisation judiciaire de chaque Etat membre⁷⁴⁰.

Bien que le juge communautaire ne s'est jamais prononcé sur la nature de cette fin de non-recevoir, en se contentant de la considérer comme une irrecevabilité liée au non épuisement des voies de recours internes, la considération de ce moyen comme relatif au recours parallèle

⁷³⁹ Classiquement, la règle selon laquelle l'épuisement des recours internes est préalablement exigé, a été établie en droit international en matière de protection diplomatique. En principe, un Etat ne peut porter plainte contre un autre Etat en raison d'un acte illicite commis par ce dernier à l'encontre d'un particulier, que si ce particulier n'a pas eu la possibilité d'obtenir réparation devant les autorités judiciaires internes de l'Etat défendeur. L'application de cette règle en droit international est principalement justifiée par la souveraineté de l'Etat défendeur, auquel on veut donner le moyen de s'acquitter par lui-même des obligations internationales qui lui incombent, avant de mettre en cause sa responsabilité (Jean Amphoux, « L'arrêt Humblet », *R.G.D.I.P.*, 1961, p. 569).

⁷⁴⁰ Jean Amphoux, *précité*, p. 569. Voir également Ténékidès, C. G., « L'épuisement des voies de recours comme condition préalable de l'instance internationale », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1933, p. 526 et 527.

est plutôt lié au caractère subsidiaire du recours en indemnité par rapport aux recours nationaux⁷⁴¹. La Cour de justice a souligné expressément ce caractère subsidiaire⁷⁴² dans l'affaire *Krohn*, en décidant que la recevabilité du recours en indemnité « *peut se trouver subordonnée, dans certains cas, à l'épuisement de voies de recours internes qui sont ouvertes pour obtenir l'annulation de la décision de l'autorité nationale* »⁷⁴³.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une simple subsidiarité, le juge communautaire exige pour déclarer le recours en responsabilité irrecevable, que le recours national soit un recours effectif pour le requérant et qu'il peut lui apporter le même gain de cause qu'il pourrait obtenir par le biais du recours en responsabilité. Il ne pourrait tenter un recours en indemnité que s'il ne lui ai pas ouvert une autre voie de recours interne effective. Ainsi, il ne s'agit pas d'une simple formalité à accomplir, la Cour de justice veut éviter, par la mise en œuvre de cette règle, que l'action fondée sur l'article 288 CE puisse être utilisée comme une solution alternative par rapport aux voies de recours internes⁷⁴⁴. Selon la Cour, en l'absence d'un tel cas d'irrecevabilité, un préjudice éventuel pourrait résulter d'une double indemnisation du dommage⁷⁴⁵.

La subsidiarité de l'action en indemnité peut trouver une justification dans le souci de garantir une répartition de compétences entre les juridictions nationales et la Cour de justice, fondée sur l'efficacité des actions⁷⁴⁶. Ceci apparaît clairement dans les termes employés par la Cour

⁷⁴¹ Dans ses conclusions sous l'affaire *Compagnie d'approvisionnement*, l'avocat général contestait l'idée de la subsidiarité du recours en indemnité par rapport au recours national. Selon lui, il n'y a rien qui le mentionne dans les textes communautaires. De plus, il estimait que l'application de cette règle aboutirait à des conséquences indésirables, comme pour un déni de justice, si le requérant qui a été renvoyé devant le tribunal national se trouvait dans l'impossibilité de se prévaloir de son droit (*Rec.* 1972, p. 391).

⁷⁴² Ce caractère subsidiaire du recours en indemnité a été également affirmé — implicitement — dans les premières affaires soumises à la Cour. Par exemple, dans l'affaire *Krampfmeier*, ceci est manifeste : la Cour a décidé d'attendre la décision de la juridiction nationale sur la réparation de dommage avant de se prononcer sur le recours en indemnité.

⁷⁴³ C.J.C.E., affaire *Krohn*, précité, § 27.

⁷⁴⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Assurances du crédit SA et Compagnie belge d'assurance crédit SA/Conseil*, c-63/83, *Rec.* 1991, p. 1822.

⁷⁴⁵ Affaire *Krampfmeier* (précité). *Rec.* 1967, p. 344.

⁷⁴⁶ Francette Fines, « note sur l'arrêt *Vreugdenhil* », *J.C.P.*, 1993.II. 22093, p. 288.

de justice dans son affaire *Eximo*⁷⁴⁷. En rejetant l'exception d'irrecevabilité basée sur le non-épuisement des voies de recours internes au motif que le recours national s'est avéré non effectif, la Cour décida qu' « *en raison de cette circonstance particulière, il peut donc être considéré que la requérante n'était pas en mesure de faire fruit des voies de recours ouvertes devant les juridictions nationales en vue de contester une action du législateur communautaire qu'elle considère comme illégale et dommageable à son égard. Le risque d'une atteinte à la répartition de compétence entre les juridictions nationales et la Cour de justice pouvant être dans ces conditions écarté, (...)* » (c'est nous qui soulignons).

Dans l'affaire *Assurances du crédit*, l'avocat général Tesauo a vu dans le caractère subsidiaire du recours en indemnité une nécessité pour l'équilibre du système de protection juridictionnelle communautaire : « *le contrôle de la légalité de l'acte constitue le préliminaire fondamental de la constatation de la responsabilité et de l'obligation d'indemnisation qui en résulte. Or, dans la mesure où l'ordre juridique prévoit des procédures spécifiques aux fins de l'exercice de ce contrôle, il serait tout à fait injustifié d'en faire abstraction et d'utiliser, à titre alternatif, l'action en dommages-intérêts, action qui n'est pas prévue ni conçue pour la vérification de la légalité des actes* »⁷⁴⁸.

La nature de ce moyen comme une fin de non-recevoir lié au recours parallèle est bien constaté par plusieurs avocats généraux : « *dans votre jurisprudence relative à l'exception de recours parallèle que vous n'admettez que si [l]es voies de recours nationales assurent d'une manière efficace la protection des particuliers qui se sentent lésés par les actes des institutions communautaires* »⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1984, *Eximo/Commission*, c-62/83, *Rec.* 1984, p. 2295.

⁷⁴⁸ C.J.C.E., arrêt du 18 avril 1991, *Assurances du crédit SA et Compagnie belge d'assurance crédit SA/Conseil*, c-63/83, *Rec.* 1991 p. 1799.

⁷⁴⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Roquette Frères / Hauptzollamt Geldern* *Rec.* 1994, p. 1445. Voir également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit/Commission*, arrêt du 13 juin 1972, *Rec.* 1972, p. 391, sp. p. 414.

Deux remarques principales doivent être formulées, à titre de précisions. D'une part, le caractère subsidiaire est uniquement spécifique au recours en indemnité. Partant, le moyen relatif à l'épuisement des voies de recours interne ne peut être opposé à la recevabilité d'autres recours communautaires. Ceci est logique dans la mesure où les compétences dont la Cour jouit en vertu des autres recours communautaires ne peuvent pas, par leur nature, être partagées avec les juridictions nationales. Ainsi, en ce qui concerne le recours en manquement, la Cour a décidé dans l'affaire *Commission /Italie*⁷⁵⁰ que l'existence des voies de droit ouvertes auprès des juridictions nationales ne saurait préjudicier, à aucun égard, à l'exercice du recours au manquement visé à l'article 226. Le raisonnement de la Cour est fondé sur le fait que les deux actions poursuivent des buts ayant des effets différents. La même jurisprudence a été établie par le Tribunal de première instance en ce qui concerne le recours en annulation : « *l'existence de voies de recours internes éventuellement ouvertes devant le juge national ne saurait être exclusive de la possibilité de contester directement, devant le juge communautaire, la légalité d'une décision adoptée par une institution communautaire* »⁷⁵¹. Enfin en matière de procédure en référé⁷⁵², le Tribunal de première instance a également décidé qu'en vertu de l'article 104, § 1, de son règlement de procédure, la recevabilité d'une demande de sursis à l'exécution d'un acte d'une institution est subordonnée à l'unique condition que le demandeur ait attaqué cet acte dans un recours devant le Tribunal⁷⁵³.

⁷⁵⁰ C.J.C.E., arrêt du 17 février 1970, *Commission/Italie*, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25.

⁷⁵¹ T.P.I., arrêt du 24 mars 1994, *Air France/Commission*, t-3/93, *Rec.* 1994, p. 121. Voir en ce sens, T.P.I., arrêt du 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV/Commission*, t-119/02, *Rec.* 2003, p. 1 ; T.P.I., arrêt du 30 septembre 2003, *Cableurope SA et autres contre Commission*, t-346/02 et t-347/02, *Rec.* 2003, p. II-5080.

⁷⁵² Il faut bien observer que si la Cour, saisie en tant que juge des référés, rejette le recours en raison du fait que les parties n'ont pas présenté la preuve que les voies de recours internes à épuiser auraient pu empêcher le préjudice et satisfaire à l'urgence, ceci ne constitue pas une application de l'irrecevabilité au motif de l'existence d'un recours parallèle. En effet, dans ce cas-ci, le recours n'a pas été rejeté comme irrecevable, mais a fait l'objet d'un examen au fond, au terme duquel le juge communautaire des référés a estimé que la requérante n'avait pas établi que la condition liée à l'existence d'un préjudice grave et irréparable était remplie. Voir C.J.C.E., ordonnance du 18 octobre 2002, *Commission/Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, c-232/02, *Rec.* 2002, p. 8977 ; arrêt de la Cour du 24 février 1987, *Deufil/Commission*, c-310/85, *Rec.* p. 537, § 22 ; arrêt de la Cour du 15 juin 1987, *Belgique/Commission*, c-142/87, *Rec.* 1987, p. 2589, § 26 ; arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, *Allemagne/Commission*, c-276/99, *Rec.* 2001, p. 8055.

⁷⁵³ Le Tribunal de première instance a souligné, dans l'affaire *Lautex*, l'indépendance des deux voies de recours, celle de la procédure nationale en référé et celle du droit communautaire : « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le juge national ordonne un sursis à l'exécution de la demande de recouvrement de la BvS et de la SAB en attendant le règlement de l'affaire au fond devant le Tribunal ou de déférer une question préjudicielle à la Cour au titre de l'article 234 CE. En effet, dans la mesure où la requérante a contesté la légalité de la décision litigieuse au titre de l'article 230 CE, le juge national n'est pas lié par le caractère définitif de cette décision (...). En outre, le fait qu'une demande de sursis n'a pas abouti devant le juge communautaire n'empêche pas qu'un

D'autre part, le caractère subsidiaire du recours en indemnité n'est envisagé par la Cour de justice que par rapport aux voies de recours nationales. Le recours en indemnité ne peut pas être subordonné à d'autre recours du contentieux communautaire et, notamment, celui du recours en annulation à l'égard duquel une certaine confusion peut surgir⁷⁵⁴. La Cour a décidé que l'action en indemnité a été instituée comme une voie autonome, ayant sa fonction particulière. Elle se différencie notamment du recours en annulation en ce qu'elle tend, non à la suppression d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par une institution⁷⁵⁵. Ainsi, la Cour déclare le recours en indemnité irrecevable lorsqu'il lui apparaît qu'il tend en réalité à annuler les effets d'actes prétendument illégaux⁷⁵⁶. L'irrecevabilité dans ce cas se base principalement sur le respect des voies de droit instituées par le traité et ayant pour but de protéger la stabilité du système juridictionnel ainsi que le principe de sécurité juridique⁷⁵⁷.

sursis soit ordonné par le juge national » (T.P.I., ordonnance du 3 décembre 2002, Neue Erba Lautex/Commission, t-181/02, *Rec.* 2002, p.-II. 5081).

⁷⁵⁴ Le problème de parallélisme entre l'action en indemnité et le recours en annulation en droit communautaire a suscité l'attention de nombreux auteurs. Cependant, la majorité de la doctrine a contesté l'existence de toute parallélisme entre les deux actions. Le recours en indemnité doit être considéré comme un recours autonome, non subordonné à l'épuisement d'un recours en annulation (voir en ce sens Léon Goffin et Michel Mahieu, « Responsabilité extracontractuelle des communautés », *C.D.E.*, 1972, p. 68 ; B. Du Ban, « Responsabilité non contractuelle », *C.D.E.*, 1977, p. 418). Ce constat a été affirmé à plusieurs reprises par le juge communautaire. Dans l'affaire *Polyvios/Commission*, le Tribunal a considéré que « *L'action en indemnité au titre des articles 178(devenu 235 CE) et 215 (devenu 288 CE), deuxième alinéa, du traité a été instituée comme une voie autonome ayant une fonction particulière dans le cadre du système des voies de recours, de sorte que, en principe, l'irrecevabilité d'un recours en annulation ne saurait entraîner celle d'un recours tendant à la réparation d'un dommage prétendument subi* » (T.P.I., ordonnance du 3 février 1998, *Polyvios/Commission*, t-68/98, *Rec.* 1998, p. II-153. Voir en ce sens T.P.I., arrêt du 15 septembre 1998, *Oleifici Italiani et Fratelli Rubino Industrie Olearie/Commission*, t-54/96, *Rec.* 1998, p. II-3377).

⁷⁵⁵ Selon une jurisprudence constante, l'irrecevabilité d'un recours en annulation ne saurait entraîner celle d'un recours tendant à la réparation d'un dommage prétendument subi (voir arrêts du Tribunal du 15 mars 1995, *Cobrecap e.a./Commission*, t-514/93, *Rec.* p. II-621, § 58, et du 24 septembre 1996, *Richco/Commission*, t-491/93, *Rec.* p. II-1131, § 64).

⁷⁵⁶ Voir arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1971, *Luetticke/Commission*, c-4/69, *Rec.* 1971, p. 325, § 6, et arrêt du 26 février 1986, *Krohn/Commission*, c-175/84, *Rec.* 1971, p. 753, § 30 et 33.

⁷⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1983, *Commission/France*, c-52/83, *Rec.* 1983, p. 3707.

B) L'ambiguïté tenant au fondement du caractère d'ordre public

Dans la mesure où l'objet du recours en indemnité relève de la compétence exclusive de la Cour de justice, une action nationale à laquelle le recours en indemnité pourrait être subsidiaire, ne pourrait pas exister. Il en va de même dans le cas où la compétence d'examiner le recours en indemnité relève de la compétence exclusive des juridictions nationales. Le moyen d'ordre public relatif au recours parallèle ne concerne donc, en général, que les compétences dites partagées⁷⁵⁸. C'est le cas notamment où l'autorité nationale compétente ne peut s'écarter, dans sa mission d'exécution, d'une ligne de conduite que lui impose et lui indique l'institution responsable⁷⁵⁹.

Cependant, ce constat n'est accepté unanimement ni par la doctrine⁷⁶⁰, ni par les avocats généraux⁷⁶¹. Ceux-ci font sans doute la confusion entre la subsidiarité du recours en indemnité comme fondement du caractère d'ordre public de ce moyen relatif au recours parallèle et la répartition des compétences juridictionnelles entre la Cour de justice et les juridictions nationales, qui donne lieu à un autre moyen d'ordre public⁷⁶².

La confusion est due à une certaine jurisprudence de la Cour de justice, connue sous le nom de jurisprudence « *Haegeman* »⁷⁶³, ainsi que ses développements ultérieurs. L'essentiel de la doctrine et la plupart des avocats généraux attachés à la Cour de justice ont considéré l'affaire *Haegeman* comme une mise en œuvre de la règle du recours parallèle. On voit par exemple

⁷⁵⁸ Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 141. On voit par exemple, dans l'affaire *Krohn* (précitée), que la compétence partagée provenait du fait que l'acte national mis en cause avait été pris sur instructions de la Commission, ce qui avait engendré également la faute de cette dernière.

⁷⁵⁹ Sean Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 659.

⁷⁶⁰ Léon Goffin et Michel Mahieu, « Règlements et responsabilité des Etats », précité, p. 678 ; Ingolf Pernice, « Le recours en indemnité », *C.D.E.*, 1995, p. 646.

⁷⁶¹ Voir les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hans-Otto Wagner/Commission*, arrêt du 12 décembre 1979, c-12/79, *Rec.* 1979, p. 3657 ; également sous l'affaire *Lesieur* (précité), *Rec.* 1976, p. 391 ; et sous l'affaire *Cato*, C.J.C.E., arrêt du 8 avril 1992, c-55/90, *Rec.* 1992, p. 2533.

⁷⁶² Voir pour une distinction claire entre les deux cas d'irrecevabilité Jean Boulouis et Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 1997, p. 251.

⁷⁶³ C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 1972, c-96/71, *Haegeman/ Commission*, *Rec.* 1972, p. 1005.

l'avocat général Mayras dans ses conclusions sous l'affaire *Merkur* constater, en citant la jurisprudence *Haegeman*, que « renvoyer un requérant à se pourvoir devant les juridictions de son pays, lorsqu'il met en cause, dans un recours en indemnité, l'illégalité d'une réglementation communautaire, c'est en vérité ressusciter l'idée d'un « recours parallèle »⁷⁶⁴.

L'affaire *Haegeman* concerne l'hypothèse suivante : un sujet, ayant acquitté à l'autorité nationale une taxe en application de règles communautaires et estimant lesdites règles contraires au droit, avait introduit une action en réparation de dommages ayant pour objet une somme coïncidant avec les montants payés et qu'il estimait ne pas être dus. La Cour a décidé dans cette affaire qu'il revient à la juridiction nationale de statuer sur ce litige parce que l'article 6 de la décision du Conseil du 21 avril 1970 confère le pouvoir de constater ces ressources et de contrôler leur perception aux organismes compétents des Etats membres et que, dès lors, les litiges relatifs à l'imposition des taxes et prélèvements visés par cette disposition doivent être résolus, en application du droit communautaire, par les autorités nationales⁷⁶⁵.

Le domaine d'application de l'affaire *Haegeman* fut élargi par le biais de l'affaire *Wagner et IBC*⁷⁶⁶ pour s'étendre à toute décision prise par une administration nationale en exécution du droit communautaire et qui n'engage pas en même temps la responsabilité de la Communauté.

Force est cependant de constater que ce n'est pas le moyen d'ordre public relatif au recours parallèle qui est en cause ici. C'est l'incompétence juridictionnelle de la Cour de justice qui justifie l'irrecevabilité du recours en indemnité dans ce cas. En réalité, dans l'affaire *Haegeman*, le recours ne mettait pas en cause une faute imputable à l'institution communautaire. Le litige visait, en effet, les décisions nationales prises en exécution de la

⁷⁶⁴ Conclusions de l'avocat général Mayras sous l'affaire *Merkur*, précité, *Rec.* 1973, p. 1082.

⁷⁶⁵ Affaire *Haegman*, précité, § 7.

⁷⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 27 janvier 1976, *IBC/Commission*, c-46/75, *Rec.* 1976, p. 65.

réglementation communautaire. Le recours ne pouvait donc pas relever de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice en vertu du système de répartition de compétence déterminé par le traité. Les conditions d'application de la règle de recours parallèle n'étaient ainsi pas satisfaites. On s'étonne qu'une telle confusion ait pu être commise⁷⁶⁷, puisque la Cour, dans son arrêt *Haegeman* déclare que, « dans le cadre des rapports entre les particuliers et l'autorité fiscale ayant procédé à l'imposition litigieuse, cette dernière question relève de la compétence des juridictions nationales ».

En outre, selon une jurisprudence constante de la Cour, le juge communautaire est exclusivement compétent, d'après l'article 235 du traité CE, pour connaître des actions en indemnisation au titre de l'article 288, alinéa 2, du traité CE, dirigées contre la Communauté ; en revanche, les juridictions nationales demeurent compétentes pour connaître des demandes en réparation des dommages causés à des personnes privées par des autorités nationales, à l'occasion de l'application du droit communautaire⁷⁶⁸. En effet, le juge national détient une compétence de droit commun à l'égard de l'ensemble des actions en répétition de l'indu. Il en va de même pour la répétition des montants perçus en conformité avec une disposition communautaire⁷⁶⁹. Ainsi, dans ce cas, bien que le recours national puisse s'avérer non effectif, le recours en indemnité restera irrecevable⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ La confusion apparaît clairement dans les conclusions de l'avocat général Tesauro présentées dans l'affaire *Assurances du crédit SA et Compagnie belge d'assurance crédit/ Conseil*, qui interprètent l'affaire *Wagner* : « dans l'affaire *Wagner*, en effet, l'entreprise n'avait pas demandé, à titre de réparation, la restitution de l'indu, mais avait demandé réparation pour le manque à gagner engendré par le refus d'annulation du certificat. Dans cette affaire, la Cour a évidemment tenu compte du fait que la requérante aurait pu obtenir un résultat analogue en attaquant au niveau national la décision de refus. Elle a donc voulu éviter que l'action fondée sur l'article 215 (devenu 288 CE) puisse être utilisée comme une solution alternative par rapport aux voies de recours internes, même si dans certaines hypothèses — comme précisément dans l'affaire *Wagner* — lesdits remèdes comportaient de plus grands risques pour l'intéressé » (*Rec.* 1991, p. 1799, § 8).

⁷⁶⁸ C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, *Asteris/Grèce*, c-106/87, *Rec.* 1988, p. 5515.

⁷⁶⁹ Dans l'affaire *Vreugdenhil/ Commission*, la Cour a décidé que « les juridictions nationales sont seules compétentes pour connaître d'une action en répétition de montants indûment perçus par un organisme national sur la base d'une réglementation communautaire déclarée par la suite non valide » (arrêt du 13 mars 1992, c-282/90, *Rec.* 1992, p. 1937, § 12). Voir également C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, *Roquette frères/Commission*, c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553).

⁷⁷⁰ Voir C.J.C.E., arrêt du 27 janvier 1976, *IBC/Commission*, c-46/75, *Rec.* 1976, p. 65.

La justification du recours parallèle sur base de l'incompétence juridictionnelle semble être empruntée à la doctrine française, qui considère que c'est la répartition de compétences qui est à la base de ce moyen⁷⁷¹. Cependant, une telle justification ne peut pas être transposée en droit communautaire puisque, en droit français, le recours pour excès de pouvoir n'a plus un caractère subsidiaire⁷⁷² tandis qu'en droit communautaire, le recours en indemnité l'est encore.

Il est incontestable, en vertu du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres dans l'application et la mise en œuvre du droit communautaire, que la réparation du préjudice causé par l'Etat membre doit avoir lieu dans le cadre des systèmes juridiques nationaux et au moyen d'instruments juridiques internes⁷⁷³. « *C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé. En effet, en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »⁷⁷⁴.

Cette idée est clairement énoncée dans l'affaire *Wagner*⁷⁷⁵, qui traite d'un cas semblable à l'affaire *Haegeman* dans la mesure où c'étaient toujours des mesures nationales d'exécution du droit communautaire qui étaient en cause et que la faute n'était pas imputable à la Communauté. Dans cette affaire, la Cour a constaté que dans le cas d'espèce, où le règlement communautaire attaqué ne régit pas la décision nationale prise dans le cadre de la politique agricole commune, la responsabilité de la Communauté n'est pas engagée : « *il résulte de*

⁷⁷¹ Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. II, p. 438 et Raymond Odent, *Contentieux administratif*, précité, p. 1304.

⁷⁷² Voy. à cet égard *infra*, § 3.

⁷⁷³ Jean-Marc Favret, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pédone, 2000, p. 208.

⁷⁷⁴ C.J.C.E., arrêt du 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci/Italie, c-6/90, *Rec.* 1991, p. 5357, § 42. On doit noter que l'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficie le juge national, et plus singulièrement le juge de l'indemnité, procède également du postulat selon lequel l'ordre juridique interne est supposé offrir des moyens suffisants pour assurer une protection efficace des droits individuels des justiciables (Jean Marc Favret, *précité*, p. 215).

⁷⁷⁵ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1979, c-12/79, *Rec.* 1979, p. 3657.

l'arrêt de la Cour du 31 mars 1977 dans l'affaire 88/76 (..), que le règlement n° 1579/76 n'a pas légalement pu être appliqué à une demande d'annulation déposée le 1^{er} juillet 1976. Toutefois, il appartenait aux juridictions nationales de statuer sur la légalité de la décision de refus(..), en application du droit communautaire, dans les formes prévues par le droit national et après l'utilisation éventuelle de l'article 177 du traité (devenu 234)»⁷⁷⁶. L'intérêt de cet arrêt consiste essentiellement dans le fait qu'il conteste expressément le caractère subsidiaire du recours en responsabilité en pareil cas. La Cour, en admettant que le recours devant le juge interne est devenu impossible pour le requérant, en raison de l'épuisement du délai⁷⁷⁷, déclara le recours irrecevable en précisant que « si la requérante a choisi d'éviter un tel risque, elle s'est également privée de la possibilité qui lui était ouverte de faire corriger l'illégalité dont elle se plaint ».

Dans ses conclusions sous l'affaire *Dietz*, l'avocat général a correctement souligné la différence entre l'affaire *Haegeman* et les autres affaires consacrant le moyen relatif au recours parallèle. Il estime que dans l'affaire *Haegeman*, le requérant ne demandait pas la réparation d'une faute mais le paiement d'une somme d'argent et qu'il n'y avait dans cette affaire aucun doute sur le montant de la somme. Dans ce cas, la compétence revenait exclusivement aux juridictions nationales. Tandis que, dans les autres cas où la réparation du dommage était postulée, la compétence de la Cour de justice, même partagée avec les juridictions nationales, ne ferait pour lui aucun doute : « en juger autrement reviendrait en fait à attribuer à une juridiction nationale la charge de décider comment une institution communautaire aurait dû exercer le pouvoir normatif qui lui est conféré »⁷⁷⁸.

L'application de la jurisprudence *Haegeman* suppose donc l'existence de deux conditions cumulatives : la première est l'existence d'un acte pris par l'institution nationale en exécution

⁷⁷⁶ Cette jurisprudence a été critiquée par E.W. Fuss, selon lequel l'attitude de la Cour semble être rigide, car elle n'a pas pris en considération les raisons du risque financier qui ont empêché le requérant à intenter un recours national (*précité*, p. 22).

⁷⁷⁷ Dans le cas d'espèce, le requérant voulait éviter un risque financier qui aurait pu occasionné par le retrait du certificat d'exportation et du cautionnement.

⁷⁷⁸ Conclusions de l'avocat général sous l'affaire, *Dietz/Commission*, arrêt du 15 décembre 1977, c-126/76, *Rec.* 1977, p. 2448.

d'un acte communautaire normatif, alors que l'institution communautaire ne possède aucun pouvoir de contrôle sur cette décision, de telle sorte que la responsabilité de la Communauté ne peut être engagée⁷⁷⁹. La seconde condition exige que le dommage allégué consiste dans des sommes d'argent perçues par l'institution nationale en vertu du droit communautaire où dans des subventions que la même institution a refusé d'octroyer au requérant. Les montants réclamés ne doivent pas dans ce cas dépasser les sommes perçues ou non attribuées⁷⁸⁰.

Pour terminer, on doit noter que la jurisprudence *Haegeman* s'est trouvée récemment limitée dans l'affaire *Cato*⁷⁸¹. Cette affaire concerne un cas semblable à l'espèce *Haegeman*. Le requérant réclamait la réparation du dommage provenant de la décision de l'administration britannique lui refusant le versement de la prime de désarmement de navire, énoncé par la

⁷⁷⁹ Cette condition semble avoir été dégagée clairement dans l'affaire *Debayer*, quand la Cour a rejeté irrecevable le recours en indemnité, parce qu'elle n'était pas compétente lorsqu'il s'agit de l'application de certaines clauses d'équité qui autorisaient les Etats membres à accorder « à titre gracieux » à des opérateurs engagés dans l'exécution des contrats conclus de façon ferme, le bénéfice de l'exonération d'une charge. La Cour a décidé que l'administration nationale possédait un pouvoir d'appréciation considérable et que la Commission n'a pas de pouvoir de surveillance sur l'application de cette clause par les organes nationaux : « *que l'article 5, alinéa 1, du règlement se borne à reconnaître, sur le plan général, le droit de la Communauté d'être informé par les Etats membres des critères d'application qu'ils entendent utiliser, ainsi que des cas dans lesquels l'octroi d'une exonération est envisagé ; que les pouvoirs reconnus à cet effet à la Commission ont essentiellement pour objet, selon l'alinéa 3 de ce même article, d'assurer l'application coordonnée de la gestion faite par les Etats membres du régime établi par le règlement n° 1608/74, et ne permettent à la Commission d'intervenir dans cette gestion que dans la mesure nécessaire pour que la réalisation d'un tel objectif ne soit pas compromise* » (arrêt du 2 mars 1978, *Debayer SA/Commission*, c-12/77, *Rec.* 1978, p. 553).

⁷⁸⁰ Voir C.J.C.E., 13 mars 1992, *Vreugdenhil/Commission*, c-282/90, *Rec.* p. 1937. En effet, la nature du moyen relatif au recours parallèle suppose que ce moyen ne peut être invoqué lorsque la Cour est exclusivement compétente pour connaître le recours. Ce constat est confirmé par la Cour dans l'affaire *Asteris*, lorsqu'elle a répondu négativement à une question visant à savoir si le droit communautaire fait obstacle à ce que les juridictions nationales connaissent d'une action intentée par des particuliers contre les autorités nationales compétentes en réparation d'un préjudice subi du fait que des aides communautaires ne leur ont pas été versées à la suite d'une erreur dont était entachée la réglementation (C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, c-106/87, *Rec.* 1988, p. 5515). Il est de même si la juridiction nationale est exclusivement compétente pour examiner l'affaire. Dans l'ordonnance de la Cour *Asia Motor*, la Cour a été saisi d'un recours en annulation contre la décision de la Commission de ne pas engager une procédure de manquement contre le gouvernement français, après que les requérants aient reproché à ce dernier des pratiques violant le principe de la libre circulation des marchandises. La Cour a ainsi décidé que « dans la mesure où la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au titre de l'article 169 (devenu 226 CE), le seul comportement qui pourrait être mis en cause comme source de préjudice est celui de l'Etat français. Or, la Cour est manifestement incompétente pour statuer, dans le cadre d'un recours formé en vertu de l'article 178 (devenu 235 CE) du traité, sur la responsabilité découlant du caractère illégal d'un comportement d'Etat. Une telle responsabilité relève de la compétence des juridictions nationales, le cas échéant après utilisation de l'article 177 du traité » (C.J.C.E., ordonnance du 23 mai 1990, *Asia Motor France/Commission*, c-72/90, *Rec.* 1990, p. 2181, § 12-14).

⁷⁸¹ Affaire *Cato*, précité, *Rec.* 1992, p. 2533.

directive 83/515/CE⁷⁸². Selon l'administration britannique, le navire servait toujours à la pêche. La décision de l'administration a été prise en vertu du *Fishing Vessels (Financial Assistance) Scheme* (régime d'aides financières aux navires) qui avait transposé ladite directive en droit anglais.

Les conditions de la jurisprudence *Haegeman* se trouvaient donc réunies dans cette affaire : le préjudice provenait d'une décision nationale prise en exécution d'un acte communautaire ; la réparation de dommage consistait dans la répétition de sommes d'argent. Par ailleurs, l'acte national n'avait pas été pris sur l'ordre de la Commission et aucune faute n'était imputable à celle-ci⁷⁸³. Le recours devait ainsi relever de la compétence exclusive des juridictions nationales et il incombait à la Cour de déclarer le recours irrecevable pour motif d'incompétence.

Cependant, la Cour a déclaré le recours en indemnité recevable, considérant que le dommage allégué constituait la « conséquence directe » de l'acte communautaire. La Cour est seule compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages causés par les institutions de la Communauté. La Cour a donc élargi sa compétence pour comprendre des recours qui relevaient de la compétence exclusive des juridictions nationales en vertu de la jurisprudence *Haegeman*⁷⁸⁴. Par cette nouvelle théorie de la « conséquence directe »⁷⁸⁵. Elle a limité la portée de la jurisprudence *Haegeman*.

⁷⁸² La directive 83/515/CEE du Conseil, du 4 octobre 1983, concernant certaines actions d'adaptation des capacités dans le secteur de la pêche (J.O.C.E., n°L 290, du 22 octobre 1983, p. 15-19, ci-après "directive"). L'article 1er de la directive avait autorisé les États membres à instituer un régime d'aides financières, dont les dépenses étaient supportées en partie par la Communauté, pour des actions de réduction temporaire ou définitive des capacités de production dans le secteur de la pêche. L'article 5, § 1 à 3, de ladite directive prévoyait l'octroi, par les États membres, d'une prime d'arrêt définitif pour les navires dont la longueur entre perpendiculaires est égale ou supérieure à douze mètres et qui avaient exercé la pêche pendant au moins cent jours durant l'année civile précédant la demande d'octroi d'une telle prime, lorsqu'ils sont démolis, transférés définitivement dans un pays tiers ou affectés, dans les eaux de la Communauté, à des fins autres que la pêche.

⁷⁸³ Il faut remarquer que le *Fishing Vessels* n'a été adopté par le gouvernement britannique qu'après l'aval de la Commission sur le projet des mesures qu'il entendait adopter en application de la directive.

⁷⁸⁴ On doit quand même noter que, dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général Darmon, quant à lui, avait suggéré de déclarer le recours irrecevable. Il considérait que le recours devait en principe être subordonné à l'épuisement des voies de recours internes, par ce qu'il avait pris en application d'un régime général approuvé par la Commission (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Cato*, précité, *Rec.* 1992, p. 2533, § 16).

Nous regrettons pour notre part que la Cour se soit contentée d'énoncer cette théorie sans expliquer comment le dommage allégué pouvait être la conséquence directe de l'acte communautaire.

§ 3. Entre la théorie et l'application : l'avenir du moyen d'ordre public relatif au recours parallèle dans le cadre de la responsabilité contractuelle

L'étude du moyen d'ordre public communautaire relatif à l'existence d'un recours parallèle ne peut être complète sans que ne soit abordée la question de savoir si ce moyen reste appliqué ou n'est qu'un principe théorique (B). Cependant, il s'avère important d'observer à titre préliminaire la situation actuelle en droit français, droit qui est à l'origine de ce moyen (A).

A) En droit français

Il faut constater que, dès la moitié du vingtième siècle, ce motif d'irrecevabilité fut progressivement abandonné en droit français, tandis que son champ d'application perdait du terrain⁷⁸⁶. Ceci est dû à deux facteurs principaux.

1° Le principe de subsidiarité du recours pour excès de pouvoir est largement abandonné.

Il est communément admis actuellement, en droit français, que le recours pour excès de pouvoir est le recours de droit commun⁷⁸⁷. Le moyen relatif à l'existence d'un recours

⁷⁸⁵ Cette théorie a été aussi invoquée par les requérants dans l'affaire *Eximo/Commission*, lorsqu'ils ont prétendu que le préjudice était la conséquence directe de la communication en cause de la Commission (c-62/83, *Rec.* 1984, p. 2295).

⁷⁸⁶ Voir en ce sens G. Dupuis et M.-J. Guédon, *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, A. Colin, 1993, p. 518 et B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1989, p. 164.

parallèle est fondé, désormais, sur le respect de la répartition des compétences juridictionnelles⁷⁸⁸. La mise en œuvre de ce moyen est destinée à éviter que *la légalité d'actes administratifs, étroitement liée à des litiges relevant de la compétence des juridictions autres que celles qualifiées pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir dirigées contre ces actes, puisse être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir*⁷⁸⁹. Même dans ce cadre, l'érection des tribunaux administratifs en juges de droit commun - après la réforme de 1953 - a beaucoup assoupli la règle relative au recours parallèle, du fait que le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux relèvent souvent de la compétence d'un seul juge, celui de la cour d'appel⁷⁹⁰.

2° L'accroissement du nombre d'exceptions auxquelles est confrontée cette fin de non-recevoir a fortement influencé son champ d'application et contribué à la diminution de la rigueur de cette condition de recevabilité.

La principale et la plus importante de ces exceptions est la notion d'acte détachable. La jurisprudence du Conseil d'Etat refuse d'opposer l'irrecevabilité du recours d'excès de pouvoir lorsque les actes administratifs peuvent être détachés des opérations administratives qui relèvent d'autres juridictions. Ce sont des actes susceptibles d'être isolément attaqués par

⁷⁸⁷ R. Odent, *précité*, p. 1305. Voir également Jean-Marie Auby et R. Drago, *précité*, p. 434, et René Chapus, *Contentieux administratif*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 642.

⁷⁸⁸ Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1946, p. 118 ; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1992, T. II, p. 563.

⁷⁸⁹ Raymond Odent, *précité*, p. 1300.

⁷⁹⁰ En application de la fameuse jurisprudence Lafage (C.E., 8 mars 1912, Lafage, *S.* 1913.3.1), la fin de non-recevoir relatif au recours parallèle ne peut plus être appliquée lorsque le recours parallèle et le recours en excès de pouvoir relèvent de l'autorité d'un seul juge. Elle s'applique aujourd'hui uniquement dans le cas où le recours parallèle relève de la compétence d'une autre juridiction que le juge de l'excès de pouvoir. Cette jurisprudence a été effectivement maintenue dans de récents arrêts du Conseil d'Etat (voir C.E., 7 novembre 1990, Mme Tien Ken Seing, *Rec. tables*, p. 889 ; *A.J.D.A.*, 1991, 143, concl. C. de Montgolfier ; C.E., 8 mars 1991, Secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de l'environnement c/ M. Bodié, *A.J.D.A.*, 1991, 463, concl. M. Fornacciari). Cependant, il faut admettre que la règle issue de cette affaire n'est pas systématiquement appliquée par la jurisprudence française. Ainsi, dans le contentieux de la violation du contrat, une mesure prise par l'administration en violation des dispositions d'un contrat ne peut faire l'objet que d'un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat et non d'un recours pour excès de pouvoir, même si le juge de l'excès de pouvoir est le même que celui du contrat (C.E., 29 janvier 1929, Sté thermale, *Leb.* p. 28 ; 8 novembre 1935, Benoist, *Leb.* p. 1027). Selon André de Laubadère, la justification de cette exception réside dans le fait que la violation des dispositions contractuelles n'est pas considérée comme une violation de la légalité et par conséquent les conditions du contentieux de l'excès de pouvoir ne sont pas considérées comme réunies, alors dans le cas où des stipulations d'une convention ont en réalité une nature réglementaire, les tiers sont recevables à en invoquer la méconnaissance à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir (*Traité de droit administratif*, *précité*, p. 564). Voir également C.E., 23 février 1968, Picard, *A.J.D.A.*, 1968, 457, chr. Jurispr.

la voie de l'excès de pouvoir, même si l'opération pour la réalisation de laquelle ils sont intervenus n'est susceptible que d'un recours parallèle excluant le recours pour excès de pouvoir⁷⁹¹. La notion d'acte détachable est fondée sur *la constatation que la plupart des opérations administratives exigent le recours de multiples actes, dont certains, bien que participant à la réalisation de l'opération, ne s'y incorporent pas*⁷⁹². La jurisprudence mettant en œuvre cette théorie ne cesse de gagner chaque jour du terrain contre la notion de recours parallèle⁷⁹³.

Cette fin de non-recevoir n'a pas disparu totalement de la pratique jurisprudentielle française. Son champ d'application, cependant, s'est réduit. Elle ne connaît actuellement que des cas d'application très limités. Cette règle procédurale reste vivante grâce à la réforme du contentieux de 1987 qui a suscité un regain d'intérêt pour la distinction entre contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction⁷⁹⁴. Ainsi, à propos de la répartition de compétences entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat doit déclarer le recours pour excès de pouvoir irrecevable s'il relève de la compétence du Conseil constitutionnel⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ Ainsi sont considérés comme des actes détachables du contrat, l'acte de passation de contrat (C.E., 9 nov. 1954, Chambre de commerce de Tamatave, *Rec.* 1934) et la décision approuvant un contrat (C.E., 31 oct. 1969, Syndicat de défense des canaux de la Durance, *Rec.* 462 ; *C.J.E.G.* 1970, p. 154, conclusion Morisot). Il en est de même en matière de contentieux électoral, des actes réglementaires, tandis que les actes individuels ne sont pas détachables (Charles Debassch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, précité, p. 584).

⁷⁹² André de Laubadère, *précité*, p. 563. Voir dans ce sens Raymond Odent, *précité*, p. 1313.

⁷⁹³ Depuis la décision du Conseil constitutionnel *Delamas* (Cons. Const. 11 juin 1981, *Delamas*, *Rec.* p. 97). Il est devenu possible également, en matière d'actes particuliers préliminaires aux élections du Parlement européen, de contester par la voie d'un recours direct les actes préliminaires aux élections législatives, au referendum et à l'élection présidentielle. De plus, le Conseil d'Etat admis le recours pour excès de pouvoir contre les actes permanents relatifs au scrutin « européen » (C.E. ass., 22 octobre 1979, Union démocratique du travail, *Rec.* p. 384. Cité par Josianne Tercinet, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *R.F.D.A.*, 1993, p. 712).

⁷⁹⁴ Josianne Tercinet, *précité*, p. 706. Selon l'auteur, l'expression reste toujours utilisée par le juge administratif pour écarter le recours pour excès de pouvoir, même après la réforme de 1953 : CE, 11 mai 1949, Mme Van Heffen, *Rec.* p. 213 ; CE, 13 mars 1989, Commune de Gardonne, *Rec.* p. 89 ; T. Lyon, 22 mars 1990, Commune de Meximieux, *Rec.* Tables, p. 91 ; CE., Sect., 20 juill. 1990, Mme Chen, *Rec.* p. 222.

⁷⁹⁵ René Chapus, *Contentieux administratif*, précité, p. 643.

B) En droit communautaire

Les seules applications concrètes de ce moyen d'ordre public datent d'avant les années 80 : ce sont les deux affaires *Lesieur* et *Kampffmeyer*. Pourtant, on ne doit pas considérer cette dernière comme un vrai précédent, car, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, la Cour de justice a manié le moyen relatif au recours parallèle dans cette affaire comme une exception de fond qui concerne la détermination du préjudice subi⁷⁹⁶.

Il ne nous reste donc que l'affaire *Lesieur* qui peut être considérée comme le seul et vrai cas d'application positive de ce moyen. On rappelle que la Cour, dans cette affaire, a déclaré le recours en indemnité irrecevable à l'égard d'une partie des demandes, car la requérante disposait des voies de recours internes pour obtenir la réparation du dommage.

A partir d'un examen de la totalité de la jurisprudence rendue par la Cour de justice, suite à l'affaire *Krohn*⁷⁹⁷, nous avons pu constater que la Cour a déclaré dans toutes ces affaires le recours en indemnité recevable, en rejetant les moyens des parties relatifs à l'existence des voies de recours internes non épuisées. La justification apportée par la Cour de justice est toujours la même, à savoir qu'en raison de l'existence d'une faute imputable à l'institution communautaire, la réparation du dommage ne peut être effectivement faite que par les voies de recours communautaires⁷⁹⁸. Selon la Cour, les voies de recours nationales s'avèrent

⁷⁹⁶ Ingolf Pernice, *précité*, p. 646.

⁷⁹⁷ Voir par exemple C.J.C.E., arrêt du 29 septembre 1987, *De Boer Buizen BV /Conseil et Commission*, c-81/86, *Rec.* 1987. p. 3677 ; arrêt du 29 juin 1988, *Deville/Administration des impôts*, c-240/87, *Rec.* 1988, p. 3513.

⁷⁹⁸ Un recours effectif au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, est un recours qui doit apporter au requérant une satisfaction correcte. Il faut que le recours national aboutisse d'une manière ou d'une autre à la réparation du dommage, même s'il s'agit d'une question qui s'examinera accessoirement. La Cour a décidé dans l'affaire *Krohn* que les voies de recours doivent assurer « d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés en tant susceptible d'aboutir à la réparation du dommage allégué ». La Cour entame ainsi un examen lié aux circonstances des faits ou le litige a eu lieu, elle ne prend uniquement en considération l'existence théorique des voies de recours internes, la Cour doit se rassurer que le recours parallèle apporte satisfaction au requérant. Il faut également observer que l'attitude la Cour de justice à l'égard de l'application du critère de l'effectivité, est moins rigoureuse que celle qui est appliquée par le Conseil d'Etat français. Ce dernier exige que le recours parallèle procure exactement le même résultat, que le recours pour excès de pouvoir peut en apporter au requérant. Voir dans ce sens André de Laubadère, *précité*, p. 563.

ineffectives à cette fin. Il en va de même si le juge national peut saisir la Cour d'une question portant sur la validité de l'acte communautaire en cause en vertu de l'article 230 CE.

Dans l'affaire *Krohn*, la Cour a conclu, après examen de la recevabilité du recours, que les voies de recours nationales ne pourraient aboutir à l'annulation de la décision nationale mise en cause et délivrer à la requérante les certificats d'importations requis, si bien que le juge national se trouverait dans l'impossibilité de compenser le dommage que la requérante avait subi en raison de l'arrêt de ses activités commerciales, dommage dû principalement au comportement de la Commission. Egalement, dans l'affaire *De Boer Buizen*, la Cour a déclaré le recours en indemnité recevable parce que, même si la procédure devant les juridictions nationales parvenait à une annulation de la décision de l'administration refusant l'octroi d'une licence d'exportation au requérant, cela ne lui conférerait un droit à cette licence que s'il existait une norme communautaire en ce sens⁷⁹⁹. La Cour a considéré que la seule réparation possible ne pouvait avoir lieu que par le biais d'un recours en indemnité réclamant la réparation du dommage résultant directement de l'adoption du règlement sur la base duquel avait été prise la décision nationale⁸⁰⁰.

La doctrine, de son côté, a contesté la compétence des juridictions nationales pour réparer un dommage qui résulte, en principe, d'un acte communautaire. Ingolf Pernice estime qu'*il est en effet difficile de voir comment une juridiction nationale pourrait accepter une responsabilité des autorités nationales si le préjudice trouve son origine dans l'illégalité de l'acte communautaire simplement exécuté au niveau national*⁸⁰¹. D'autres affirment la même idée, en contestant absolument l'idée de recours parallèle dans le cas où le recours est formé au titre de l'article 288 CE et basé sur le comportement illégal de la Communauté⁸⁰².

⁷⁹⁹ Dans le cas d'espèce, les licences d'importations, en vertu du règlement n°61/85, ne pouvaient être octroyées qu'à des entreprises productrices de tubes et tuyaux, et non pas à des entreprises distributrices.

⁸⁰⁰ Voir également affaire *Roquette frères II*, où la Cour a confirmé sa même jurisprudence en ce qui concerne la perception des montants compensatoires. La Cour, dans cette affaire, a constaté que ces montants ne peuvent pas être mis en cause par les juridictions nationales tant qu'il y a un règlement qui régit la situation et qui ne donne pas le droit au remboursement de ceux-ci. Par conséquent, les juridictions nationales ne peuvent pas en décider le remboursement (c-20/88, *Rec.* 1989, p. 1553).

⁸⁰¹ Ingolf Pernice, *précité*, p. 646.

⁸⁰² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Ludwigshafener Walzmühle/Conseil et Commission*, arrêt du 17 décembre 1981, *Rec.* 1981, p. 3264.

En effet, les actions intentées au niveau national ne peuvent consister qu'en des actions en remboursement. Pour qu'une action en remboursement d'une quelconque somme d'argent, perçue en application du droit communautaire, soit couronnée de succès, il suffit que le texte servant de base à cette perception soit déclaré invalide. Cette invalidité peut être déclarée par la voie d'un renvoi en appréciation déferé à la Cour de justice par la juridiction nationale. Cependant, la réparation d'un dommage étranger au montant perçu échapperait effectivement à la compétence des juridictions nationales. Dans ce cas, la juridiction nationale n'aurait pas la compétence de condamner la Communauté à réparer les dommages résultant de son action. La déclaration d'invalidité par la Cour, en application de l'article 234 CE, suivie par l'annulation de la mesure nationale litigieuse par le juge national, n'équivaut pas à une reconnaissance du droit revendiqué. Dans la plupart des cas, l'intervention du « législateur communautaire » s'avère indispensable pour que la règle communautaire qui est à la base de l'action de l'administration nationale soit modifiée.

On doit ajouter que dans la plupart des cas, la Cour s'estime compétente pour juger la faute extracontractuelle totalement imputable à la Communauté, même si l'administration nationale a contribué d'une manière ou d'une autre à la création du préjudice allégué. Ceci a contribué à la limitation du champ d'application de ce moyen. Dans ce cas, une procédure nationale n'est pas permise en vertu de la répartition de compétences entre les juridictions nationales et la Cour de justice. Par conséquent, elle ne pourrait pas aboutir à condamner la Communauté pour une faute commise par l'un de ses agents ou l'une de ses institutions. Ainsi, le tribunal de première instance a décidé dans l'affaire *Travellex*⁸⁰³ de rejeter l'exception d'irrecevabilité tirée de l'existence de voies de recours parallèles, du fait que le comportement fautif reproché à la Commission consistait dans le fait qu'elle avait violé le droit de marque en utilisant une marque sans l'autorisation de son titulaire. Par conséquent, la décision des juridictions nationales ne pouvait réparer le dommage imputable à la Commission, car la Cour est exclusivement compétente en la matière.

⁸⁰³ T.P.I., arrêt du 10 avril 2003, *Travellex/ Commission*, t-195/00, *Rec.* 2003, p. 1677.

On notera une nouvelle tendance qui apparaît dans la jurisprudence du Tribunal de première instance et qui consiste à établir une relation constante entre l'existence d'une faute de la Communauté et l'efficacité des voies de recours nationales. Selon le tribunal, si la faute est imputable à la Commission, il est incontestable que les voies de recours parallèles ne peuvent pas être effectives pour réparer le dommage allégué. Le tribunal de première instance a ainsi décidé, dans l'affaire *Levend*, que, « *Comme le juge communautaire a compétence exclusive pour statuer, en vertu de l'article 215(devenu 288) du traité, sur les recours en indemnisation d'un dommage imputable à la Communauté (...), les voies de droit nationales ne pourraient ipso facto permettre d'assurer aux requérantes une protection efficace de leurs droits. Par conséquent, l'argument de la Commission tiré du défaut d'épuisement des voies internes doit être rejeté* »⁸⁰⁴.

On peut se demander de la sorte si les juridictions nationales demeurent ou non compétentes pour réparer le dommage dès que la faute de la Communauté est reconnue. Qu'en est-il alors des voies de recours nationales, du fait notamment que l'application de la règle des recours parallèles suppose que la responsabilité de l'administration nationale est parallèlement engagée à celle de la Communauté ?

On peut donc conclure que la Cour a fini par réaliser que le recours en indemnité concourt à la réalisation de fonctions spécifiques et plus importantes que les voies de recours nationales offertes au requérant. Partant, la Cour, sans annuler une règle de procédure constante dans sa jurisprudence, semble la rendre inopérante en la conservant comme une théorie du passé. Cette tendance de la Cour constitue également un reflet du renforcement de son pouvoir, qui ne cesse d'augmenter ces dernières années, parallèlement au renforcement de l'intégration européenne.

⁸⁰⁴ T.P.I., arrêt du 13 décembre 1995, *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens et Nederlandse Bond van Waaghouders van Levend Vee/Commission*, t-481/93, *Rec.* 1995, p. II-2941 ; arrêt du 18 septembre 1995, *Nölle/Conseil et Commission*, t-167/94, *Rec.* 1995, p. II-2589. Voir également C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, *Asteris e.a./Grèce et CE*, c-106/87 à 120/87, *Rec.* 1988, p. 5515, § 14, et arrêt du 13 mars 1992, *Vreugdenhil/Commission*, c-282/90, *Rec.* 1992, p. 1937, § 14.

SECTION 2. LES RECOURS PARALLELES QUI RELEVANT DE LA COMPETENCE DU JUGE COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. Le parallélisme entre le renvoi en appréciation et le recours en annulation

En général, les recours du droit communautaire sont des recours autonomes : chacun est prescrit pour accomplir une mission déterminée dans le système juridictionnel communautaire. L'idée d'un « parallélisme » entre les voies de recours communautaires n'est pas, en principe, envisagée par la jurisprudence communautaire⁸⁰⁵. Cependant, la relation entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité a, quand même, éveillé certaines réactions doctrinales contestant cette autonomie.

On doit préalablement constater qu'en principe, le recours en annulation et le renvoi préjudiciel sont deux recours distincts. Le mécanisme du recours en annulation suppose que la Cour de justice contrôle la légalité de certains actes des institutions communautaires à partir de motifs spécifiques. Ce recours est soumis à des conditions de recevabilité rigoureuses, tel que l'intérêt à agir et le délai de recours. La décision rendue par la Cour de justice sur un recours en annulation déclare l'acte nul dans son intégralité (même si les effets de l'annulation peuvent être limités dans le temps), tandis que la procédure du renvoi en appréciation tend à statuer sur la validité des actes pris par les institutions communautaires. Les conditions exigées pour la recevabilité du recours en annulation ne sont pas requises à l'égard du renvoi préjudiciel, aucun délai de recours ni intérêt à agir n'est exigé. La décision préjudicielle laisse subsister l'acte contesté, que les autres destinataires du droit communautaire doivent respecter dans leurs relations juridiques⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Voir par exemple pour le recours en carence et le recours en annulation, C.J.C.E., arrêt du 24 novembre 1992, Buckl e.a./Commission, c-15/91, *Rec.* 1992, p. 6061. Voir pour le recours en annulation et le recours en indemnité, T.P.I., ordonnance du 3 février 1998, Polyvios/Commission, t-68/96, *Rec.* 1998, p.II-153.

⁸⁰⁶ Certains ont assimilé la validité à la légalité. Voir conclusions de l'avocat général devant la Cour dans l'affaire *Internationale Crediet- en Handelsvereniging Rotterdam e.a./Minister van Landbouw en Visserij*, arrêt du 18 décembre 1964, c-73/63, *Rec.* 1964, p. 3.

La Cour a affirmé clairement l'indépendance des deux voies de recours dans l'affaire *Rau*⁸⁰⁷ : « dès lors que la solution du litige dépend de la validité de cette décision, le juge national peut interroger la Cour par la voie préjudicielle, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le demandeur au litige principal a ou non la possibilité d'attaquer directement la décision devant la Cour »⁸⁰⁸.

La Cour de justice dans son arrêt *Cilfit* a même contesté au renvoi préjudiciel la nature d'un recours en déclarant que « l'article 177 (devenu 234) ne constitue pas une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant le juge national »⁸⁰⁹.

Il convient cependant de relever que, par sa fameuse jurisprudence *T.W.D*⁸¹⁰, la Cour a institué un certain parallélisme entre les deux actions communautaires en constatant qu'une exception d'illégalité invoquée devant le juge national contre un acte communautaire devenu définitif, à l'occasion d'un recours formé contre la décision nationale exécutant cet acte, n'est pas recevable.

L'affaire *T.W.D* concerne le cas d'une société qui n'avait pas formé dans les délais un recours en annulation contre une décision de la Commission qui avait invalidé les subventions octroyées par l'Allemagne à la requérante. La juridiction de renvoi demandait à la Cour si la requérante pouvait intenter un recours devant les juridictions nationales contre l'acte

⁸⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 21 mai 1987, *Rau/BALM*, c-133/85, *Rec.* 1987, p. 2289.

⁸⁰⁸ Cette jurisprudence a été, en effet, inspirée du souci de compenser la rigueur des conditions de recevabilité du recours en annulation (Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., p. 679). Voir également conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Universität Hamburg/Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, arrêt du 27 septembre 1983, c-216/82, *Rec.* 1983, p. 2771.

⁸⁰⁹ C.J.C.E., arrêt de 6 octobre 1982, *CILFIT/Ministero della Sanità*, c-283/81, *Rec.* 1982, p. 3415.

⁸¹⁰ C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1994, *TWD/Bundesrepublik Deutschland*, c-188/92, *Rec.* 1994, p. 883.

d'exécution de cette décision pris par l'Allemagne, tout en invoquant l'illégalité de la décision de la Commission qui était à la base de la décision des autorités allemandes⁸¹¹.

La Cour répond à cette question par la négative. Elle constate ainsi qu'une décision qui n'a pas été attaquée par son destinataire au moyen d'un recours en annulation dans les délais prévus, devient définitive à son égard. La Cour invoque des raisons de sécurité juridique liées au respect des délais de recours. Selon la Cour, autoriser la requérante à invoquer l'invalidité de la décision communautaire dans le cas d'espèce, permettrait de contourner la forclusion du délais de recours prévue impérativement par le traité⁸¹².

Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par le juge communautaire. Ainsi dans le cadre des aides d'Etats, le Tribunal de première instance a décidé que « *la recevabilité d'un recours visant à l'annulation d'une décision constatant l'incompatibilité d'une aide d'État avec le marché commun et ordonnant sa récupération n'est pas exclue dans le cas où une procédure de récupération de l'aide litigieuse n'a pas été introduite et où le requérant ne s'est pas prévalu de toutes les voies de recours internes qui lui sont ouvertes. Permettre au bénéficiaire d'une aide d'invoquer dans une procédure nationale l'invalidité de la décision de la Commission ordonnant à l'État membre concerné de récupérer l'aide qu'il a reçue reviendrait à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif qui, en vertu du principe de sécurité juridique, doit s'attacher à une telle décision après l'expiration du délai de recours prévu par l'article 230 CE* »⁸¹³.

⁸¹¹ Il faut noter que dans le cas d'espèce, la décision communautaire avait été correctement notifiée à la requérante et, par conséquent, le délai de recours a commencé à courir à partir de la date de cette notification.

⁸¹² La jurisprudence T.W.D est un réel revirement de sa jurisprudence *Rau*, même si la Cour refuse d'admettre en confirmant que dans le cas de *Rau*, chacune des demanderesse au principal avait introduit devant la Cour un recours en annulation de la décision qui était en cause. La Cour ne s'est donc pas prononcée et n'avait pas à se prononcer, dans ledit arrêt, sur les effets de forclusion qui s'attachent à l'écoulement des délais de recours.

⁸¹³ T.P.I., ordonnance du 4 avril 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, t-198/01, *Rec.* 2002, p. II-2153. Voir également T.P.I., arrêt du 18 mars 1997, Picciolo et Caló/Comité des régions, c-178/95, *Rec.* 1997, p. II-155 ; C.J.C.E., arrêt du 22 octobre 2002, National Farmers' Union, c-241/01, *Rec.* 2002, p. 9079.

L'affaire *T.W.D* a été considérée par une partie de la doctrine comme instituant un certain parallélisme entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation. Si le juge communautaire tenait au principe de l'indépendance des voies de recours communautaires qui devait être appliqué entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation, les délais de recours ne pourraient pas jouer dans ce cas, car il n'y a pas de délais pour former un renvoi en appréciation⁸¹⁴. On voit par exemple M. Denys Simon affirmer que la jurisprudence *T.W.D* sacrifie incontestablement le principe d'autonomie des voies de droit, qui implique de reconnaître au recours en annulation et au renvoi préjudiciel des conditions de recevabilité et des effets différents⁸¹⁵. Également M. Hatzpoulos a constaté expressément que l'affaire *T.W.D* a instauré une espèce de recours parallèle entre le renvoi en appréciation et le recours en annulation⁸¹⁶.

Cette lecture est confirmée dans l'affaire *Accrington Beef*⁸¹⁷. En l'espèce, dans le cadre d'un litige devant une juridiction anglaise opposant *Accrington Beef* à l'Intervention Board for Agricultural Produce autorité responsable au Royaume-Uni de la gestion de la politique agricole commune, à propos des conditions d'éligibilité au contingent tarifaire communautaire ouvert, pour certaines viandes bovines congelées et certains autres produits, la première avait contesté la validité à la fois de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement n° 214/94, fixant les quantités de référence pour l'éligibilité au contingent des opérateurs. Après avoir estimé qu'elle n'est pas compétente pour statuer sur une telle question de validité, la juridiction a quo a décidé de poser à la Cour la question relative à la validité des dispositions litigieuses. Toutefois, devant la Cour de justice, le gouvernement du Royaume-Uni se demandait si *Accrington Beef* ne devraient pas être déclarées forcloses, au regard de l'arrêt

⁸¹⁴ L'existence d'un tel lien peut avoir des répercussions négatives. D'une part, le lien entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel revient à faire dépendre du comportement procédural d'une partie l'exercice d'une fonction que le traité a entendu expressément réserver au juge. Ce serait faire preuve d'une rigueur excessive, que d'accorder en toutes circonstances à la sécurité juridique la prééminence sur l'exigence de la règle de droit (observation de la Commission dans l'affaire *Bloos*, arrêt du 14 décembre 1977, c-59/77, *Rec.* p. 1977, p. 2359). D'autre part, ceci pourrait entraîner l'afflux des recours préventifs qui pourront être dans la plupart, irrecevables et non fondés (observation de la Commission dans l'affaire *Universität Hamburg/Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, arrêt du 27 septembre 1983, c-216/82, *Rec.* 1983, p. 2771).

⁸¹⁵ Denys Simon, « Note sous l'affaire *T.W.D* ». *J.D.I.*, 1995, p. 439.

⁸¹⁶ Voir également Vassili Hatzopoulos, « De l'arrêt *Foglia –Novelli* à l'arrêt *T.W.D textilwerk* », *R.M.U.E.*, 1994, p. 195.

⁸¹⁷ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1996, *The Queen / Intervention Board for Agricultural Produce*, ex parte *Accrington Beef*, c-241/95, *Rec.* 1996, p. 6699.

TWD Textilwerke Deggendorf pour invoquer, par voie d'exception, devant la juridiction de renvoi, l'illégalité de ces articles, dès lors qu'elles n'ont pas intenté un recours en annulation à leur encontre dans le délai prévu à l'article 234 du traité CE, ainsi qu'elles auraient été en droit de le faire.

La Cour n'a pas, cependant, appliqué la jurisprudence *T.W.D* en raison de ce que l'acte communautaire en cause était un règlement à portée générale, et que par conséquent, la requérante n'était pas en mesure d'introduire un recours en annulation contre ce règlement, « *Il suffit, à cet égard, de constater que, en présence d'un règlement communautaire, dont les dispositions litigieuses s'adressent, en des termes généraux, à des catégories de personnes envisagées abstraitement et à des situations déterminées objectivement, il n'est pas manifeste qu'un recours d'Accrington Beef e.a., fondé sur l'article 173 du traité (devenu 230), à l'encontre dudit règlement, aurait été recevable. Dans ces conditions, la référence à l'arrêt TWD (Textilwerke Deggendorf), précité, concernant le cas d'une société qui, indiscutablement, était en droit et avait été informée qu'elle était en droit de former un recours en annulation contre l'acte communautaire, dont elle invoquait, par voie d'exception, l'illégalité devant une juridiction nationale, est inopérante* »⁸¹⁸.

Ainsi en considérant que le requérant invoquant l'invalidité d'un acte communautaire est forclos comme conséquence de l'expiration des délais de recours du recours en annulation qui pourrait être entamé contre cet acte, la Cour accepte tacitement de considérer parallèle le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en validité.

⁸¹⁸ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1996, *The Queen/Intervention Board for Agricultural Produce*, ex parte *Accrington Beef*, c-241/95, *Rec.* 1996, p. 6699. Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt ultérieur, *Eurotunnel*, où la Cour a appliqué le même principe contre une exception d'illégalité soulevée devant une juridiction nationale, contestant la validité du régime transitoire des boutiques hors taxe institué par la sixième directive TVA. La Cour a constaté que les dispositions litigieuses s'adressent en des termes généraux à des Etats membres et non pas à des personnes physiques et morales ; partant, la requérante se trouvait dans l'impossibilité de former un recours fondé sur l'article 234 CE contre l'acte en cause, car elle n'aurait pu être concernée directement ou individuellement par la directive (arrêt du 11 décembre 1997, *Rec.* 1997, p. 6315).

On peut également voir dans l'arrêt *T.W.D* une certaine affirmation expresse d'une idée qui semble hanter la Cour de justice depuis le début : il existerait une certaine complémentarité entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel⁸¹⁹. « Le traité par ses articles 226, 230, 232 et 235, d'une part, et par son article 234, d'autre part, a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice et au Tribunal de première instance le contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires »⁸²⁰.

§ 2. Le moyen tiré de l'existence de recours relevant de la compétence du juge communautaire

Il est manifeste que l'irrecevabilité opposée par la Cour dans l'affaire *T.W.D* concerne l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité devant la juridiction nationale⁸²¹. Cette jurisprudence traite particulièrement le cas de la recevabilité devant le juge national d'une exception d'illégalité formée contre un acte communautaire lors d'un procès contestant son exécution.

Cette exception d'illégalité ne peut pas être considérée comme une sorte de recours parallèle, car elle ne constitue pas un moyen de recours autonome. Elle constitue un principe général du droit qui assure au demandeur le droit, dans le cadre d'un recours formé selon le droit national contre le rejet de sa demande, d'exciper de l'illégalité d'un acte communautaire qui sert de fondement à la décision nationale prise à son encontre. La question de la validité de cet acte communautaire peut dès lors être déférée à la Cour dans le cadre d'une procédure préjudicielle⁸²² : « la possibilité d'invoquer l'inapplicabilité d'un règlement ne constitue pas un droit d'action automatique et ne peut être exercée que de manière incidente »⁸²³. Par ailleurs,

⁸¹⁹ Peter Olivier, « Recevabilité des questions préjudicielles », *précité*, p. 30.

⁸²⁰ C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, c-294/83, *Rec.* 1986, p. 1339.

⁸²¹ C.J.C.E., arrêt du 15 février 2001, *Nachi Europe*, c-239/99, *Rec.* 2001, p. 1197.

⁸²² C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1983, *Universität Hamburg*, c-216/82, *Rec.* 1983, p. 2771, § 10 et 12.

⁸²³ C.J.C.E., arrêt du 11 juillet 1985, c-87/77, *Rec.* 1985, p. 2523. Voir aussi l'affaire *Commission/ Belgique*, c-156/77 (*précité*) où la Cour a décidé que l'exception d'illégalité « ne saurait être invoquée en aucun cas par l'État membre qui a été destinataire d'une décision individuelle ».

en tout état de cause, un parallélisme entre le recours en annulation et les voies de recours internes n'est pas autorisé par la Cour de justice⁸²⁴.

Cependant, il faut chercher à savoir si cette irrecevabilité peut également être opposée par le juge communautaire lorsque le juge national, par ignorance de la jurisprudence *T.W.D.*, accepte une exception d'illégalité invoquée dans le cadre d'un recours national formé à l'égard d'un acte national mettant en œuvre une décision prise par une institution communautaire. Il saisit, ensuite la Cour de justice à titre préjudiciel en lui demandant de statuer sur la validité de l'acte communautaire. C'est uniquement dans ce cas que l'irrecevabilité pourra constituer un moyen d'ordre public communautaire.

A notre avis, le principe dégagé par l'arrêt *T.W.D.* est un principe général qui s'adresse pas uniquement au juge national. Il peut s'appliquer à priori au juge communautaire comme au juge national. Si la Cour de justice n'accepte pas que la question de validité d'un acte communautaire soit invoquée devant le juge national par une requérant forclos, la question ne peut être invoqué devant le juge communautaire du renvoi en appréciation de validité que le requérant n'a pas contesté dans le délai.

La Cour l'a même implicitement constaté dans l'affaire *T.W.D.* En l'espèce, il avait été demandé au juge national de répondre à deux questions ; l'une concernant la recevabilité d'une exception d'illégalité en cas de non-épuisement du recours en annulation par la requérante, tandis que la deuxième question était relative à l'appréciation de validité de l'acte communautaire qui constituait la base de la décision nationale attaqué. Cette deuxième question avait été posée au juge communautaire pour le cas où il estimerait que rien ne s'opposerait à la recevabilité de cette exception d'illégalité devant le juge national. Toutefois, le juge communautaire, après avoir répondu négativement à la première question, n'a pas répondu à la deuxième, ce qui signifie qu'il l'a implicitement déclaré irrecevable.

⁸²⁴ C.J.C.E., arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, c-50/00, *Rec.* 2002, p. 6677.

Cette fin de non-recevoir est d'ordre public, car dans l'hypothèse que nous étudions, la mise en oeuvre de la fin de non-recevoir relative au recours parallèle est destinée à éviter que la légalité d'actes communautaires relevant de la compétence du juge communautaire en tant que juge d'annulation, puissent être discutée devant le juge saisi à titre préjudiciel.

CONCLUSION

LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF AU RECOURS PARALLÈLE PORTE-T-IL ATTEINTE AU DROIT AU JUGE ?

La mise en œuvre du moyen relatif au recours parallèle peut avoir certaines répercussions négatives pour le requérant, quand à son droit au juge.

On doit souligner tout d'abord que le droit au juge est principalement consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, dans laquelle il occupe une place particulièrement importante. L'article 6, paragraphe 1, de la Convention, précise que tout personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Par ailleurs, l'article 13 énonce que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonction officielle.

En droit communautaire, le droit au juge constitue un principe fondamental de droit⁸²⁵ et relève des droits fondamentaux assurés par le traité⁸²⁶. De même, la jurisprudence communautaire attribue à la plupart des applications de ce principe, un caractère d'ordre public⁸²⁷.

⁸²⁵ C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, c-185/95, *Rec.* p. 8417, § 20 et 21, et arrêt du 11 janvier 2000, *Pays-Bas et Van der Wal/Commission*, c-174/98 et 189/98, *Rec.* 2000, p. 1. § 17.

⁸²⁶ Selon la Cour de justice, le contrôle juridictionnel est « l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (affaire *Johnston*, arrêt du 15 mai 1986, c-222/84, *Rec.* 1986, p. 1651).

⁸²⁷ C.J.C.E., arrêt du 28 mars 2000, *Krombach*, *Rec.* 2000, p. 1935, § 26.

Cependant, si le traité, afin d'assurer la protection efficace de ce principe, a envisagé un système détaillé pour le contrôle juridictionnel des institutions communautaires, en confiant à la Cour des pouvoirs de pleine juridiction et d'annulation, la mise en œuvre de ce système a néanmoins permis de constater l'existence de nombreuses insuffisances, auxquelles la Cour de justice a essayé de remédier. Ces problèmes sont, pour la plupart, liés au domaine de la recevabilité du recours.

Dans le cadre de l'application du moyen d'ordre public relatif au recours parallèle en matière de responsabilité non-contractuelle, le droit au juge peut être mis en cause dans la mesure où le juge national refuse le renvoi préjudiciel après un long procès et déclare valable le règlement communautaire. Le recours en indemnité peut être ainsi, confronté au risque de se prescrire en vertu de l'article 46 du statut de la Cour de justice, notamment si le procès national a duré longtemps à cause de longues procédures nationales, ce qui est le cas le plus souvent⁸²⁸.

L'avocat général Dutheillet de Lamothe, dans ses conclusions présentées sous l'affaire *Compagnie d'approvisionnement*⁸²⁹, évoquait l'idée de la violation du droit au juge : « *un système de ce genre aboutirait inmanquablement à ces situations juridiques quasi inextricables pour lesquelles les juristes français, forts malheureusement, d'une solide expérience en la matière, ont inventé l'expression de « contrariétés de jugements » entraînant « déni de justice ». Il s'agit de cas où, renvoyé d'un juge ou d'un ordre de juridiction à un autre, un justiciable se trouve, à raison de règles de procédure ou de compétence, dans l'impossibilité de trouver un juge pour lui dire son droit* ».

Cependant, l'idée de la protection du droit au juge ne peut pas vraiment être entendu dans un

⁸²⁸ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Merkur*, arrêt du 24 octobre 1973, *précité*, p. 1084. Voir également dans le même sens E.W. Fuss, *précité*, p. 22.

⁸²⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Compagnie d'approvisionnement*, c-9/71, *Rec.* 1972, p. 391. sp. p. 415.

sens absolu. En principe, le droit au juge n'est pas méconnu quand, dès l'origine, une voie de recours n'est pas ouverte au requérant pour contester son droit ou quand elle est en réalité ouverte, mais s'avère non effective pour le requérant compte tenu de certaines circonstances,⁸³⁰.

Il est manifeste que cette condition se trouve respectée au moment de la mise en œuvre du moyen relatif au recours parallèle : le juge ne peut déclarer le recours en indemnité irrecevable que lorsqu'il se rend compte que les recours nationaux offerts au requérant sont effectifs⁸³¹. Le risque de perdre son droit au recours en indemnité en raison d'une éventuelle prescription de l'action n'affecte pas en réalité l'existence de son droit au juge, il le limite uniquement. Le caractère subsidiaire du recours en indemnité par rapport aux voies de recours internes peut faire du premier recours, une sorte de voie d'appel, par laquelle le requérant peut réclamer son droit à la réparation du dommage si les juridictions internes ne lui ont pas donné satisfaction. Une atteinte à ce droit risque, évidemment, de compromettre le droit au juge du requérant. Cependant, le risque de porter atteinte partiellement à un tel droit est jugé moins grave que de porter atteinte au système des voies de recours en droit communautaire. En effet, le but poursuivi par le moyen relatif au recours parallèle consiste dans la protection de l'organisation des voies des recours de la Communauté. C'est pourquoi la Cour de justice a décidé de protéger ce principe en attribuant au moyen relatif au recours parallèle la valeur d'ordre public⁸³². Nous pensons que ce constat vaut même lorsque l'application de cette règle procédurale pourrait porter atteinte totalement du requérant au droit au juge⁸³³.

⁸³⁰ Selon Francette Fines, le principe de subsidiarité constitue une facette du droit au juge, car la Cour cherche à savoir si les voies de recours nationales sont effectives ou non (note sur l'arrêt *Vreugdenhil*, *J.C.P.*, 1993.II. 22093, p. 289).

⁸³¹ C.J.C.E., arrêt du 17 mars 1976, *Lesieur Cotelte et Associés SA et autres/Commission*, c-67 à 85-75, *Rec.* 1976, p. 391. Cependant, le critère de l'effectivité n'a pas été précisé par la Cour de justice.

⁸³² Selon Francette Fines, le recours national peut fournir au requérant un recours plus sûr qu'un recours en indemnité, qui dans la plupart du temps n'est pas couronné de succès (*précité*, p. 289).

⁸³³ À notre avis, si le droit au juge peut être considéré comme un principe d'ordre public communautaire, il n'en reste moins qu'il peut être lié, comme tout droit fondamental, par d'autres règles qui s'avère qui ont une valeur supérieure. On voit clairement ce constat dans l'affaire *Allemagne/Parlement* où la Cour a décidé que « Dans la mesure où la requérante se prévaut du droit à une protection juridictionnelle effective, il y a lieu d'indiquer que ce droit n'est nullement affecté par l'application stricte des réglementations communautaires concernant les délais de procédure, laquelle, selon une jurisprudence constante, répond à l'exigence de la sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou tout traitement arbitraire dans l'administration de la justice » (C.J.C.E.

Si la Cour, dans son arrêt *Merkur*⁸³⁴, a fait prévaloir les exigences du droit au juge sur les exigences d'ordre public liées au caractère subsidiaire du recours en indemnité, ce n'était, à notre avis, qu'en raison de ce que la condition de l'effectivité des voies de recours internes n'avait pas été déjà établie dans la jurisprudence de la Cour de justice à cette époque. Il convient d'ajouter que cette jurisprudence, comme on l'a indiqué ci-dessus, fut aussitôt abandonnée par le juge communautaire.

ordonnance du 17 mai 2002, Allemagne/Parlement et Conseil, c-406/01, *Rec.* 2002, p. 4561). Voir en ce sens arrêt de la Cour du 15 janvier 1987, *Misset/Conseil*, c-152/85, *Rec.* 1987, p. 223.

⁸³⁴ Voir *supra*, § les hésitations de la Cour de justice, p. 252.

CHAPITRE VI

LES MOYENS RELATIFS A L'INSTANCE

Cette catégorie de moyens résulte de l'instauration d'un certain nombre de contraintes liées au mode de participation des parties au déroulement de l'instance. Ces contraintes découlent des principes fondamentaux de sécurité juridique et de bonne administration de la justice⁸³⁵. Elles tendent principalement à organiser le droit d'action des parties. Les règlements de procédure de la Cour et du Tribunal contiennent de nombreux articles imposant différentes obligations aux parties dans le but de faciliter le déroulement de l'instance conformément aux principes fondamentaux du droit communautaire. Toutefois, la violation de la plupart de ces dispositions ne soulève pas une question d'irrecevabilité, mais d'illégalité, comme les règles relatives à la composition de la Cour, la citation des témoins, le déroulement de la procédure orale.

Les règles régissant l'instance et pouvant conditionner la recevabilité du recours sont principalement celles qui organisent la forme et le contenu de la requête. Ces dispositions ne revêtent pas un caractère d'ordre public, sauf si elles protègent les intérêts primordiaux des parties et les principes fondamentaux de l'organisation judiciaire (Section 1). Toutefois il existe d'autres dispositions relatives à la protection des droits de la défense des parties à l'instance dont la violation peut alimenter des moyens d'irrecevabilité, bien qu'en principe la violation des droits de la défense durant l'instance soit un moyen d'annulation (Section 2).

⁸³⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4321.

SECTION 1. LES FORMES DE LA REQUETE

Les différentes conditions de forme auxquelles une requête doit se conformer, en droit judiciaire communautaire, sont principalement énoncées par les articles 37 et 38 du règlement de procédure, qui règlent respectivement la forme et le contenu de la requête.

Ces différentes conditions n'ont pas suscité une abondante jurisprudence, à l'exception de certaines dispositions de l'article 38. Le cas le plus fréquemment rencontré est l'imprécision de l'objet de la requête. Cette exception, connue sous le nom de « *exceptio obscuri libelli* », découle du paragraphe 1^{er} de l'article 38 en vertu duquel la requête doit contenir l'objet du litige, l'exposé sommaire des moyens invoqués et les conclusions du requérant⁸³⁶. La Cour ne conteste pas qu'il s'agisse d'un moyen d'ordre public, en procédant à son examen d'office dans le silence des parties⁸³⁷.

⁸³⁶ En vertu de l'article 38, § 1^{er}, la requête visée aux articles 19 du statut CE, 22 du statut CECA et 19 du statut CEEA contient :

- a) les nom et domicile du requérant ;
- b) la désignation de la partie contre laquelle la requête est formée ;
- c) l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués ;
- d) les conclusions du requérant ;
- e) les offres de preuve s'il y a lieu.

(Les mêmes conditions sont prévues par l'article 21 du statut de la Cour).

⁸³⁷ T.P.I., arrêt du 21 mars 2002, Joynson/Commission, t-231/99, *Rec.* 2002, p. II-2085. Il a été également jugé que le renvoi fait par la requête à l'ensemble de ses annexes, aux fins d'exposer les points de droit, ne satisfait ni aux exigences de l'article 19, premier alinéa, du statut de la Cour ni à celles de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure (C.J.C.E., ordonnance du 7 mars 1994, De Hoe/Commission, c-338/93, *Rec.* 1994, p. 819). Dans le cadre du recours en indemnité, pour satisfaire à ces exigences, une requête visant à la réparation des dommages causés par une institution communautaire doit contenir les éléments qui permettent d'identifier le comportement que le requérant reproche à l'institution, les raisons pour lesquelles il estime qu'un lien de causalité existe entre ce comportement et le préjudice qu'il prétend avoir subi ainsi que le caractère et l'étendue de ce préjudice (voir l'arrêt du Tribunal du 18 septembre 1996, Asia Motor France e.a./Commission, t-387/94, *Rec.* 1996, p. II-961, § 107). Voir pour l'imprécision d'une requête en manquement, C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1992, Commission/Danemark, c-52/90, *Rec.* 1992, p. 2187.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le caractère d'ordre public d'autres dispositions de l'article 38. Dans l'ordonnance *GAARM*⁸³⁸, elle soulève d'office le fait que les parties n'ont pas produit les pièces manquantes que le greffier les avait invitées à déposer dans les délais qu'il avait fixés lui-même conformément à l'article 38, § 7, du règlement de procédure. Il s'agissait dans le cas d'espèce des statuts des sociétés en cause et de la preuve que le mandat donné à l'avocat avait été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet.

S'agissant des autres conditions de forme de la requête énoncées par l'article 38, la Cour n'a pas voulu les laisser sans protection. Ce constat peut être déduit des termes généraux de l'affaire *Lille*. Etait en cause en l'espèce l'imprécision des moyens de la requête. La Cour, constatant qu'il s'agit une question d'ordre public, laisse entendre que toutes les conditions prescrites par l'article 38 du règlement sont d'ordre public : « *il incombe (...) à la Cour d'examiner d'office cette question, les prescriptions régissant la forme des requêtes ne mettant pas en jeu le seul intérêt des parties, mais également la possibilité pour la Cour d'exercer son contrôle juridictionnel* »⁸³⁹.

Relevant le caractère d'ordre public de la condition relative à la précision des moyens de la requête, le Tribunal a expliqué que cette disposition avait été prescrite afin de permettre au juge d'exercer son contrôle juridictionnel tant sur la légalité de la décision attaquée que sur le bien-fondé des prétentions du requérant et de permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense⁸⁴⁰. Ce qui semble être la raison pour laquelle le caractère d'ordre public a été attribué à cette disposition. Ces objectifs sont également poursuivis, à notre avis, par les autres conditions prévues par l'article 38, notamment la production de certaines pièces et documents qui doivent accompagner la requête et qui sont d'une importance majeure pour que le juge

⁸³⁸ C.J.C.E., ordonnance du 10 juillet 1984, *GAARM/Commission*, c-289/83, *Rec.* 1984, p. 2789.

⁸³⁹ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1961, *Société Fives Lille Cail e.a./Haute Autorité*, c-19/60, *Rec.* 1961, p. 561, sp. p. 588. Dans ses conclusions, l'avocat général avait estimé au contraire en estimant que les griefs mentionnés avaient été postérieurement éclairés dans la réplique et qu'en conséquence ils avaient été couverts (conclusions de l'avocat général, *Rec.* 1961, p. 540).

⁸⁴⁰ T.P.I., arrêt du 13 décembre 1999, *Sodima/Commission*, t-190/95, *Rec.* 1999, p. II-3617, et ordonnance de la Cour du 7 mars 1994, *De Hoe/Commission*, c-338/93, *Rec.* 1994, p. 819.

puisse rendre son jugement correctement et pour les parties défenderesses afin qu'elles puissent, à leur tour, préciser leurs moyens de défense (par exemples : l'exemplaire de la clause compromissoire contenue dans le contrat de droit public ou privé passé par les Communautés, ou la pièce justifiant de la date de l'invitation à agir s'il s'agissait d'un recours en carence)⁸⁴¹.

En revanche, il nous semble difficile d'étendre ce caractère d'ordre public aux conditions prévues par l'article 37 du règlement de procédure, notamment en l'absence d'une décision explicite de la juridiction communautaire. On doit noter que les conditions de forme prévues par cet article sont moins importantes que celles qui sont énoncées par l'article 38. Il s'agit en effet, des conditions relatives à la forme matérielle de la requête, comme par exemple le nombre de copies et la langue⁸⁴². La Cour de justice n'a pas pris position expresse sur le

⁸⁴¹ Le reste de l'article 38 exige la production des documents suivants pour la requête :

- l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège (§ 2) ;

- un document de légitimation certifiant que l'avocat assistant ou représentant une partie est habilité à exercer devant une juridiction d'un Etat membre ou d'un autre Etat partie à l'accord EEE (§ 3).

Si le requérant est une personne morale de droit privé, il joint à sa requête ses statuts ou un extrait récent du registre du commerce, ou un extrait récent du registre des associations ou toute autre preuve de son existence juridique. Il doit joindre également la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par un représentant qualifié à cet effet (§ 5).

Les requêtes présentées en vertu des articles 238 et 239 du traité CE, 42 et 89 du traité CECA et 153 et 154 du traité CEEA sont accompagnées, suivant le cas, d'un exemplaire de la clause compromissoire contenue dans le contrat de droit public ou privé passé par les Communautés ou pour leur compte, ou d'un exemplaire du compromis intervenu entre les États membres intéressés (§ 6).

⁸⁴² En vertu de l'article 37 du règlement de procédure :

§ 1. L'original de tout acte de procédure doit être signé par l'agent ou l'avocat de la partie.

Cet acte, accompagné de toutes les annexes qui y sont mentionnées, est présenté avec cinq copies pour la Cour et autant de copies qu'il y a de parties en cause. Ces copies sont certifiées conformes par la partie qui les dépose.

§ 2. Les institutions produisent en outre, dans les délais fixés par la Cour, des traductions de tout acte de procédure dans les autres langues visées à l'article 1^{er} du règlement n° 1 du Conseil. Le dernier alinéa du paragraphe précédent est applicable.

§ 3. Tout acte de procédure est daté. Au regard des délais de procédure, seule la date du dépôt au greffe sera prise en considération.

§ 4. A tout acte de procédure est annexé un dossier, contenant les pièces et documents invoqués à l'appui et accompagné d'un bordereau de ces pièces et documents.

caractère d'ordre public de cet article, mais il semble qu'elle n'adopte pas une position positive à cet égard lorsqu'elle exige, pour déclarer l'irrecevabilité dans le cas de l'omission des conditions de forme prévues par l'article 37, que la partie invoquant la violation de la forme ait subi un préjudice en raison de cette omission.

Cette jurisprudence résulte principalement de l'arrêt *Aéroports de Paris*⁸⁴³. Il s'agissait de l'application de l'article 37, §§ 1^{er} et 4, en vertu desquels la requête doit être accompagnée de toutes les annexes qui y sont mentionnées. La Cour a refusé de constater qu'un vice relatif à l'omission de tels documents, puisse, à lui seul, établir l'irrecevabilité du recours ; ce vice, selon la Cour, ne peut entraîner l'irrecevabilité d'une requête si les parties invoquant l'irrecevabilité n'ont subi aucun préjudice. Or, en l'espèce, les pièces annexées étaient connues de ces mêmes parties du fait qu'elles avaient été jointes à la requête déposée en première instance devant le Tribunal.

L'arrêt *Aéroports de Paris* nous paraît devoir appeler certaines observations.

1° La Cour a appliqué aux conditions de forme du pourvoi les règles énoncées par l'article 112, § 1^{er}, qui n'est qu'une reproduction de l'article 38, § 1^{er}, dont le caractère d'ordre public ne fait aucune doute. Pourtant la Cour a exigé en outre qu'un préjudice découle de l'omission de la formalité. Dans la même perspective, il a été reproché à la requérante dans l'affaire *Tremblay*⁸⁴⁴ de ne pas avoir désigné les autres parties à la procédure de première instance devant le Tribunal, contrairement aux dispositions de l'article 112, paragraphe 1,

§ 5. Si, en raison du volume d'une pièce ou d'un document, il n'est annexé à l'acte que des extraits, la pièce ou le document entier ou une copie complète est déposé au greffe.

§ 6. Sans préjudice des dispositions des paragraphes 1 à 5, la date à laquelle une copie de l'original signé d'un acte de procédure, y compris le bordereau des pièces et documents visé au paragraphe 4, parvient au greffe par télécopieur ou tout autre moyen technique de communication dont dispose la Cour, est prise en considération aux fins du respect des délais de procédure à condition que l'original signé de l'acte, accompagné des annexes et des copies visées au paragraphe 1, deuxième alinéa, soit déposé au greffe au plus tard dix jours après.

⁸⁴³ C.J.C.E., arrêt du 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris/Commission*, c-82/01, *Rec.* 2002 p. 9297.

⁸⁴⁴ C.J.C.E., arrêt du 24 octobre 1996, *Tremblay e.a./Commission*, c-91/95, *Rec.* 1996, p. 5547.

sous b), du règlement de procédure et, ensuite, de ne pas avoir mentionné la date à laquelle l'arrêt entrepris leur avait été notifié. La Cour a refusé de constater l'irrecevabilité malgré la violation de ces conditions de forme, car aucun élément n'avait été présenté révélant que les autres parties à la procédure devant le Tribunal auraient subi un préjudice du fait de l'omission de leurs noms.

2° L'article 37 du règlement de procédure peut contenir des dispositions qui sont essentielles pour le déroulement de la procédure. Tel est le cas de l'obligation d'être défendu par un avocat. Cette obligation, énoncée par l'article 37, § 1^{er}, impose que l'original de tout acte de procédure soit signé par l'agent ou l'avocat de la partie. Cet article est confirmé par l'article 58 du même règlement qui oblige les parties de ne plaider que par l'organe de leur agent, conseil ou avocat.

Il nous semble qu'il ne s'agit pas dans ce cas d'une simple obligation de forme, mais d'une condition essentielle dont le but est d'assurer les droits de la défense des parties même dans le cas où elles préfèrent ne pas profiter de cette garantie qui leur est offerte. Il s'agit donc d'une règle qui n'est pas soumise à la volonté des parties, comme l'a affirmé la Cour elle-même : *« aucune dérogation ou exception à cette obligation n'étant prévue par le statut ou le règlement de procédure, la présentation d'une requête signée par le requérant lui-même ne peut donc suffire aux fins de l'introduction d'un recours »*. Cette solution vaut même si le requérant est un avocat habilité à plaider devant une juridiction nationale⁸⁴⁵. Il est de jurisprudence constante qu'un recours introduit sous la seule signature du requérant est irrecevable et que l'affaire correspondante doit être rayée du registre de la Cour⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1998, Kulzer/Freistaat Bayern, c-194/96, *Rec.* 1998, p. 895.

⁸⁴⁶ Voir ordonnances de la Cour du 26 février 1981, Farrall/Commission, c-10/81, *Rec.* 1981, p. 717, et du 17 novembre 1983, Stavridis/Parlement, c-73/83, *Rec.* 1981, p. 3803. Toutefois, cette obligation n'est impérative que dans le cadre des recours directs. L'application de cette disposition n'est pas aussi impérative dans le cadre du renvoi préjudiciel. En vertu de l'article 104, § 2, du règlement de procédure : *« en ce qui concerne la représentation et la comparution des parties au principal, dans les procédures préjudicielles, la Cour tient compte des règles de procédure applicables devant les juridictions nationales qui l'ont saisie »*. Cet article implique que l'obligation peut dépendre de la solution de la procédure devant le juge national. La Cour, à plusieurs reprises, n'a pas appliqué à la lettre l'article 37, § 1^{er}, lorsque la partie a pu se défendre elle-même devant la juridiction de renvoi (C.J.C.E., arrêt du 26 novembre 1975, Coenen/Sociaal Economische Raad, c-

Ainsi, à notre avis, il ne faut pas considérer l'article 37 du règlement globalement. Il est manifeste que certaines de ses dispositions ne peuvent revêtir un caractère d'ordre public en raison de leur importance mineure pour l'instance, alors que d'autres dispositions peuvent l'être certainement, comme dans le cas de la règle exigeant d'être assisté par un avocat.

Enfin, il faut mentionner que le vice concernant la langue de procédure devant la Cour ne constitue pas un moyen d'ordre public selon la jurisprudence. Dans l'arrêt *Acciaieria*, la Cour a refusé de connaître aux articles 29 et 30 du règlement, qui portent sur l'utilisation des langues, le caractère d'ordre public. En l'occurrence, les parties avaient soutenu devant la Cour que les deux articles contiennent des règles d'ordre public au motif qu'ils servent à assurer le fonctionnement régulier de la justice de la Communauté et comme tels, auraient un caractère impératif. Ces arguments n'ont pas cependant convaincu la Cour pour deux raisons : « a) *Parce que la langue de procédure est celle de la partie défenderesse, à moins que celle-ci ne soit une des institutions des trois communautés ; b) parce que, tant sur requête conjointe des parties que sur requête d'une seule partie et sans que le consentement de l'autre partie soit nécessaire, la Cour peut autoriser l'usage d'une langue officielle autre que celle de la procédure* »⁸⁴⁷.

39/75, Rec. 1975, p. 1547). Cette opinion a été soutenue par l'avocat général dans l'affaire *Kremzow/Republik Österreich* (arrêt du 29 mars 1997, c-299/95, Rec. 1997, p. 2629) : « *Nous pensons précisément que les parties à une affaire préjudicielle doivent, en tout état de cause, se voir réserver, du point de vue procédural, un traitement distinct de celui réservé aux personnes qui sont parties dans les autres types d'affaires sur lesquelles la Cour est appelée à se prononcer. En de précédentes occasions, la Cour a d'ailleurs estimé devoir s'en tenir au principe de la reconnaissance de la position procédurale occupée par les parties dans le procès au principal : il s'agit du principe énoncé à l'article 104, paragraphe 2, de son règlement de procédure. Elle a, par exemple, interprété cette règle en ce sens qu'une partie au principal peut comparaître personnellement et produire ses observations écrites et orales, sans être représentée par un avocat, si cette faculté lui est reconnue dans la procédure nationale* » (conclusions de l'avocat général, Rec. 1997, p. 2629). La Cour a confirmé cette opinion implicitement en déclarant le renvoi irrecevable pour incompétence, ce qui laisse entendre que la requête était en principe recevable.

⁸⁴⁷ C.J.C.E., arrêt du 10 mai 1960, *Acciaieria Ferriera di Roma/Haute Autorité*, c-1/60, Rec. 1960, p. 353, sp. p. 363.

SECTION 2. LE RESPECT DES DROITS DE LA DEFENSE DURANT L'INSTANCE

Le respect des droits de la défense est un principe fondamental du droit communautaire inspiré de la Convention européenne des droits de l'homme, comme on va voir ultérieurement. La Cour de justice a contribué à la garantie de ce principe dans l'ordre juridique communautaire en lui attribuant un caractère d'ordre public.

L'instance ne constitue pas une exception à cet égard⁸⁴⁸. Le règlement de procédure n'a pas négligé d'entourer les droits de la défense des parties d'une protection rigoureuse, soit en organisant leur droit de répondre à tout moyen soulevé dans la requête ainsi que dans la réplique et la duplique (art. 40-42), soit par la prescription de plusieurs conditions relatives à la forme de la requête, permettant à la partie défenderesse de bien comprendre les différents moyens avancés par les requérants afin de pouvoir préparer sa défense (art. 37-38 et 112).

A part ces derniers articles qui sont plutôt relatifs à la forme de la requête, le moyen fondé sur la violation des droits des parties à une instance contradictoire n'est pas un moyen d'irrecevabilité, mais un moyen de fond. Il tend à l'annulation de la décision du juge communautaire de première instance⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ C.J.C.E, arrêt du 28 mars 2000, *Krombach*, c-7/98, *Rec.* 2000, p. 1935. Voir également les arrêts de la Cour du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, c-185/95, *Rec.* 1998, p. 8417, § 20 et 21, et du 11 janvier 2000, *Pays-Bas et Van der Wal/Commission*, c-174/98 et c-189/98, *Rec.* 2000, p. 1, § 17.

⁸⁴⁹ Le respect du principe du contradictoire est surveillé minutieusement par le juge communautaire. La violation de ce principe n'a été invoquée devant la Cour qu'à l'égard du droit des parties d'être entendues après les conclusions de l'avocat général. Cette question a été tranchée fermement par la Cour, qui a jugé que les parties n'ont pas le droit de répliquer aux conclusions de l'avocat général. Il y lieu de noter que, dans ces cas, cette question n'a pas été soulevée sous la forme d'un moyen d'irrecevabilité, mais par le biais d'une question préjudicielle relative à l'incidence de l'omission de cette procédure contradictoire sur la validité d'un arrêt de la Cour. Voir notamment l'affaire *Emesa Sugar*, où la Cour avait précisé qu'un avocat général ne constitue pas un parquet auprès de la Cour et que son rôle consiste à présenter en toute impartialité et en toute indépendance des conclusions sur les affaires soumises à la Cour et d'assister le juge dans sa mission qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité (arrêt du 8 février 2000, *Emesa Sugar*, c-17/98, *Rec.* 2000, p. 675). Voir pour une étude complète sur ce sujet les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Kaba 2*, c-466/00, *Rec.* 2003 p. 2219.

L'invocation d'un moyen d'irrecevabilité relatif à la violation des droits de la défense durant l'instance ne peut être concevable que lorsque l'objet du litige a été circonscrit par une procédure préalable à l'introduction du recours et qu'un grief qui n'a pas figuré dans cette procédure a été invoqué durant l'instance judiciaire. Dans ce cas, il est présumé que cette discordance porte atteinte aux droits de la défense de la partie défenderesse à l'instance, puisque l'objet du recours a été circonscrit par cette procédure antérieure. C'est le cas notamment de la procédure précontentieuse de l'avis motivé précédant le recours en manquement (art. 226 CE) et de la procédure en réclamation prévue par l'article 91 du statut des fonctionnaires qui doit précéder au recours des fonctionnaires.

Ainsi, dans le cas où un recours en manquement introduit par la Commission contient des griefs qui n'ont pas figuré dans l'avis motivé qui a clôturé la phase précontentieuse, les droits de la défense de la partie défenderesse se trouvent violés, étant donné que la lettre de mise en demeure adressée par la Commission à l'État membre, puis l'avis motivé émis par la Commission délimitent l'objet du litige et que celui-ci ne peut plus, par la suite, être étendu⁸⁵⁰.

S'il est vrai que ce moyen n'est pas parfaitement relatif à l'instance, puisqu'il trouve ses origines dans une procédure antérieure, il ne peut être invoqué que lorsqu'une discordance entre l'objet du recours et cette procédure a eu lieu. C'est pour cette raison qu'il peut être considéré comme un moyen relatif à l'instance, notamment parce qu'il concerne la violation des droits de la défense des parties durant l'instance.

Quoiqu'il en soit, ce moyen est d'ordre public⁸⁵¹. La Cour déclare toujours d'office le recours irrecevable s'il est basé sur des arguments qui n'ont jamais figuré dans l'avis motivé.

⁸⁵⁰ Voir notamment : arrêt du 28 avril 1993, *Commission/Italie*, c-306/91, *Rec.* 1993, p. 2133, et arrêt du 17 novembre 1992, *Commission/Pays-Bas*, c-157/91, *Rec.* 1992, p. 5899.

⁸⁵¹ C.J.C.E., arrêt du 12 janvier 1994, *Commission/Italie*, c-296/92, *Rec.* 1994, p. 1.

Toutefois, il arrive fréquemment que la Cour rejette partiellement le recours comme irrecevable en ce qui concerne les arguments qui n'ont pas figuré dans l'avis motivé⁸⁵².

Il en va de même pour la procédure en réclamation dans le cadre du statut des fonctionnaires. Dans ces recours, les conclusions présentées devant la Cour doivent avoir le même objet que celles exposées dans la réclamation adressée à l'institution communautaire. Elles ne peuvent contenir que des chefs de contestation reposant sur la même cause que ceux invoqués dans la réclamation⁸⁵³. Il est constant que le moyen relatif à toute discordance entre la réclamation et l'objet du recours est d'ordre public : *« aux termes de l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure, la Cour peut à tout moment examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public (...) il convient d'observer que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'objet du recours ne peut pas différer de l'objet de la procédure administrative sous peine de l'irrecevabilité du recours »*⁸⁵⁴.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'étude des moyens d'ordre public d'irrecevabilité des recours nous permet d'affirmer que tout moyen relatif à la recevabilité n'est pas nécessairement d'ordre public, comme l'affirment certains auteurs. Ce sont uniquement ceux qui représentent une importance particulière pour des raisons relatives à l'organisation judiciaire, comme le moyen relatif à l'incompétence, ou pour des raisons supérieures impératives, comme pour le moyen relatif à l'expiration des délais de recours et le défaut d'intérêt à agir.

⁸⁵² Voir notamment les arrêts de la Cour du 7 février 1984, *Commission/Italie*, c-166/82, *Rec.* 1984, p. 459, et du 11 juin 1998, *Commission/Luxembourg*, c-206/96, *Rec.* 1998, p. 340.

⁸⁵³ C.J.C.E., arrêt du 14 mars 1989, *Del Amo Martinez/Parlement*, c-133/88, *Rec.* 1989, p. 689.

⁸⁵⁴ C.J.C.E., ordonnance du 18 mars 1987, *Von Bonkewitz-Lindner/Parlement*, c-13/86, *Rec.* 1987, p. 1417.

On ne peut prétendre, cependant, qu'on a étudié tous les moyens d'ordre public d'irrecevabilité. Il en existe certainement d'autres et la liste ne peut être encore déterminée d'une manière détaillée, car la juridiction communautaire est toujours récente et n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le caractère d'ordre public de tous les moyens d'irrecevabilité. Par ailleurs, les moyens qu'on vient d'exposer revêtent à notre avis une importance particulière pour l'ordre juridique. Si l'incompétence représente le vice d'irrecevabilité d'ordre public le plus grave, l'exigence d'une qualité et d'un intérêt à agir n'est pas de moindre d'importance, lui qui empêche l'existence d'une action populaire. Les délais de recours et l'inexistence de l'acte constituent une application directe du principe de la protection de la sécurité juridique et la préservation de la situation juridique des destinataires des actes communautaires. L'exception du recours parallèle, quant à elle, constitue l'un des plus importants motifs d'irrecevabilité du recours en indemnité. Enfin, les différentes conditions de forme de la requête sont essentielles pour le juge afin de pouvoir trancher le litige et aux parties pour défendre leurs droits.

En général, cette étude a fait également apparaître que l'attitude du juge communautaire à l'égard des différents moyens d'ordre public de recevabilité n'est pas toujours du même degré. Pour certains moyens, le juge se montre très sévère ; il est très fréquent qu'il s'oppose lui-même d'office à leur violation, comme dans le cas du moyen relatif à son incompétence. La situation est aussi stricte lorsqu'il s'agit des moyens relatifs à l'expiration des délais de recours ; c'est la deuxième question que le juge examine après sa compétence, même si ce sont les intérêts des justiciables qui sont principalement protégés par cette règle. En revanche, en matière de conditions relatives à la personne des requérants, en dépit de l'attitude sévère de la Cour à l'égard de l'application de cette condition de recevabilité, il n'a pas été fréquent qu'elle s'oppose d'office aux différentes formes de moyens qui découlent de cette matière. Son pouvoir de soulever d'office a été exercé uniquement pour rectifier les moyens qui ont été soulevés tardivement. Cette tendance est plus manifeste en matière de moyens relatifs au défaut de capacité. L'exception de recours parallèle n'a pas connu un sort meilleur : le juge a commencé par l'entourer d'une protection rigoureuse ; ensuite, cette position a commencé, au fil du temps, à s'affaïsser, jusqu'à sembler en voie de disparition.

DEUXIEME PARTIE

LES MOYENS DE FOND D'ORDRE PUBLIC

INTRODUCTION

LA NOTION DE MOYEN DE FOND EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Traditionnellement, le moyen de fond est défini comme celui qui est dirigé directement à l'encontre de la prétention du demandeur pour établir qu'elle est injustifiée ou non fondée⁸⁵⁵. En termes généraux, il comprend tout ce qu'on peut opposer à une demande⁸⁵⁶.

Compte tenu du caractère « administratif » du contentieux communautaire, le moyen de fond y apparaît, en principe, comme un moyen qui protège les droits issus des dispositions du droit communautaire destinées à contrôler l'action des institutions communautaires. C'est un moyen fondé sur la violation, par une institution communautaire, d'une règle du droit communautaire qui lui impose certaines obligations, notamment dans le cadre du processus de décision communautaire⁸⁵⁷.

Si la recevabilité de l'action est, par nature, une question préalable que la juridiction doit trancher avant d'aborder le fond d'une affaire, la jurisprudence de la Cour de justice témoigne de l'existence de certains cas où le fond a été examiné avant la recevabilité du recours. Si pareille inversion peut trouver une justification dans l'article 91, paragraphe 4, du règlement de procédure qui permet à la Cour de joindre l'examen de la recevabilité au fond, il faut cependant admettre que ce même règlement n'énonce pas les cas dans lesquels la Cour peut y recourir. Le juge communautaire n'a pas précisé non plus les conditions d'application de l'article 91 : il s'est contenté de préciser que c'est une question qui relève de la libre appréciation du juge communautaire, si une bonne administration de la justice le justifie⁸⁵⁸.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

⁸⁵⁵ Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure civile*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 122.

⁸⁵⁶ Pothier, *Traité de procédure civile*, Paris, Letellier, 1778, p. 30.

⁸⁵⁷ Voir *supra*, titre préliminaire, chapitre II, p. 56.

⁸⁵⁸ C.J.C.E., ordonnance du 27 février 1991, Pedro Bocos Viciano/Commission, c-126/90, *Rec.* 1991, p. 781, § 7.

En tout état de cause, l'examen de la recevabilité doit normalement précéder le fond. Les décisions de la Cour qui s'écarterent de cette règle ne sont pas nombreuses : une dizaine seulement, sur la totalité des décisions rendues par la Cour. Dans la plupart de ces cas, la Cour n'a examiné le fond avant la recevabilité que dans des espèces où le recours était manifestement mal fondé, et où l'examen de la recevabilité n'avait pas d'incidence sur le sort de l'action⁸⁵⁹.

Le fait qu'un moyen tiennne à l'irrecevabilité ne lui confère pas automatiquement le caractère d'ordre public. Il en va de même d'un moyen relatif au fond : il faut encore qu'il consacre un principe fondamental régissant l'action communautaire. Ce constat ne soulève pas de problème comme dans le cas des moyens d'irrecevabilité, que ce soit au niveau du droit communautaire ou dans le droit interne des Etats membres.

On rappellera que la Cour de justice a limité le domaine des moyens d'ordre public de fond en les enfermant dans le cadre de la légalité externe de l'acte communautaire⁸⁶⁰. Ceci n'a pas pour effet d'établir un parallélisme entre les moyens fondés sur la violation des dispositions relevant de cette catégorie et les exigences de l'ordre public : il existe en effet de nombreuses formalités qui ne revêtent pas un caractère d'ordre public communautaire.

C'est l'absence de parallélisme entre les deux notions qui confère son intérêt à l'étude des moyens d'ordre public de fond en droit communautaire.

⁸⁵⁹ Voir plus particulièrement l'arrêt de la Cour du 19 mars 1975, *Gijsbertus van Reenen/ Commission*, c-189/73, *Rec.* 1975, p. 445, et l'arrêt du 27 octobre 1977, *Robert Giry/Commission*, c-126/75, *Rec.* 1977, p. 1937. Voir pour une étude complète sur ce sujet les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Conseil/Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH*, c-23/00, *Rec.* 2002, p. 1873.

⁸⁶⁰ Voir *supra*, titre préliminaire, chapitre III, p. 68.

Toutefois, le fait que les moyens d'ordre public de fond relèvent uniquement de la légalité externe de l'acte impliquerait qu'ils ne pourront être invoqués qu'à l'occasion d'un recours en annulation ou une exception d'illégalité.

La deuxième partie de cette étude sera certes principalement consacrée à l'étude des moyens relatifs à la violation de la légalité externe de l'acte communautaire. Cependant, il ne s'agira pas d'exposer les différents aspects de cette légalité externe, mais de relever ceux qui ont été considérés par le juge communautaire comme ayant une valeur d'ordre public.

Pour notre part, nous préférons présenter les moyens d'ordre public tenant au fond en suivant l'ordre chronologique de leur examen par le juge. Ce titre abordera donc l'examen du moyen relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte communautaire (chapitre I^{er}) avant celui des moyens relatifs à la violation des formes substantielles (chapitre II).

CHAPITRE I^{er}

LE MOYEN RELATIF A L'INCOMPETENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

La répartition des compétences entre les institutions communautaires est bien définie par les traités constitutifs. La Commission est chargée en principe du pouvoir exécutif, de la gestion administrative et du pouvoir d'initiative dans le processus décisionnel communautaire. Le Conseil, à son tour, est doté du pouvoir normatif. Il lui incombe de prescrire les lignes directrices générales de l'action communautaire⁸⁶¹. Le Parlement partage certaines compétences normatives avec le Conseil, mais possède également des compétences qui lui ont été attribuées exclusivement en certains domaines comme en matière budgétaire : « les traités (...) ont en effet mis en place un système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté, qui attribue à chacun sa propre mission dans la structure institutionnelle de la Communauté et dans la réalisation des tâches confiées à celle-ci. Le respect de l'équilibre institutionnel implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres »⁸⁶².

En droit communautaire comme dans tout système juridique, l'incompétence est le vice le plus grave qui puisse affecter un acte⁸⁶³. Dès lors, la doctrine dominante a toujours considéré l'existence de pareil vice comme un moyen d'ordre public qui peut être soulevé même hors des délais de recours⁸⁶⁴. Cette valeur d'ordre public correspond à la place fondamentale qu'occupent les règles de compétence dans chaque ordre juridique et les besoins d'ordre et de sécurité juridique auxquels elles satisfont.

⁸⁶¹ Il ne faut pas non plus oublier que la Commission peut être dotée de certains pouvoirs normatifs conférés directement par un texte communautaire ou être habilitée indirectement par le Conseil.

⁸⁶² C.J.C.E., arrêt du 22 mai 1990, Parlement/Conseil, c-70/88, *Rec.* 1990, p. 2041.

⁸⁶³ Jean Boulouis, Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, précité, p. 208.

⁸⁶⁴ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, précité, p. 537 ; Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996, p. 663.

Le moyen d'incompétence est, en principe, inhérent au recours en annulation, puisqu'il s'agit d'un des cas d'ouverture de ce recours. Toutefois, il est concevable que ce moyen puisse être invoqué à l'occasion d'autres recours du contentieux communautaire. Dans le recours en carence, l'incompétence sera invoquée par l'institution défenderesse comme un moyen de défense⁸⁶⁵. Dans le cadre du recours en indemnité, l'incompétence pourra être invoquée à l'appui de l'illégalité de l'acte qui est présenté comme la source de la responsabilité contractuelle.

La compétence de l'auteur de l'acte est définie traditionnellement comme étant une aptitude à prendre des décisions s'analysant en actes juridiques ou constituant l'un des éléments de tels actes⁸⁶⁶. Dans le cadre du processus de la décision communautaire, il y a vice d'incompétence chaque fois que l'acte attaqué n'entre pas dans les attributions de l'institution communautaire qui l'a adopté, mais dans celles d'une autre⁸⁶⁷.

Toutefois, on s'aperçoit aussitôt que cette définition ne correspond, en réalité, qu'au cas principal d'incompétence, connu sous le nom d'incompétence matérielle de l'auteur de l'acte.

Il existe d'autres formes d'incompétence. Celle-ci peut être *ratione temporis* lorsque l'acte attaqué n'a pas été pris dans les délais prévus par une disposition communautaire⁸⁶⁸, ou

⁸⁶⁵ René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 160.

⁸⁶⁶ Voir en ce sens Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, L.G.D.J., réimprimé, 1989, T. II, p. 467.

⁸⁶⁷ René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 96. Voir en ce sens Maurice-Christian Bergeres, *Contentieux communautaire*, Paris, P.U.F., 1989, p. 203.

⁸⁶⁸ Voir pour un exemple, C.J.C.E., arrêt du 10 mai 1969, Allemagne/Haute autorité, c-19/58, *Rec.* 1969, p. 469.

ratione loci si l'acte a pour destinataires des sujets de droit qui se situent à l'extérieur du territoire de la Communauté⁸⁶⁹.

Le moyen relatif à l'incompétence *ratione loci* n'a jamais été examiné d'office par la Cour de justice, il serait donc difficile de connaître s'il est d'ordre public ou non. Il reste donc à examiner le caractère d'ordre public de l'incompétence *ratione materiae* et de l'incompétence *ratione temporis* des institutions communautaires sous leurs différentes formes, bien qu'elles soient rarement invoquées devant le juge communautaire⁸⁷⁰.

SECTION 1. L'INCOMPETENCE *RATIONE MATERIAE* DE L'AUTEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. *L'incompétence des institutions des Communautés européennes*

Les traités constitutifs de l'ordre juridique communautaire répartissent d'une manière impérative les compétences entre les différentes institutions communautaires. Celles-ci ne sont habilitées à prendre des actes de caractère obligatoire au sens de l'article 249 du traité CE que dans le cas où ce pouvoir leur est expressément conféré : elles n'ont pas un pouvoir normatif général. Selon la théorie classique, la compétence ne constitue pas un droit subjectif dont le titulaire pourrait disposer à son gré, mais une fonction conférée dans l'intérêt général⁸⁷¹. La compétence conférée par une règle de droit à une institution doit donc être exercée personnellement par celle-ci, qui ne peut pas la faire exercer par un tiers.

⁸⁶⁹ Voir pour un exemple, C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1972, *Imperial Chemical industries*, c-48/69, *Rec.* 1972, p. 619.

⁸⁷⁰ Selon certains, la raison en est que ce moyen semble confondu avec celui de la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application (René Joliet, *précité*, p. 96 ; conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Pays-Bas/Haute Autorité*, *Rec.* 1964, p. 1086).

⁸⁷¹ Jean-Marie Auby, « L'intérêt », *R.D.P.*, 1966, p. 864-883, sp. p. 864. Ce principe est contesté par Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Sijthoff, Leiden, 1972, p. 425.

Le juge communautaire n'a pas hésité à constater son pouvoir de soulever d'office le « *moyen tiré de l'incompétence de l'auteur des actes notifiés et publiés, tel que soulevé par les requérantes (...) : ce moyen, en tout état de cause, est d'ordre public* »⁸⁷².

Dans l'affaire *Amylum*⁸⁷³, à l'occasion d'un recours en annulation introduit contre le règlement 387/81 du Conseil établissant des dispositions communes pour l'isoglucose, la requérante avait soulevé dans son mémoire en réplique un nouveau moyen tiré de l'incompétence du Conseil pour créer, par ce règlement, une cotisation à la production de cette substance. La Cour a commencé par constater que ce moyen était irrecevable pour avoir été présenté hors délais de procédures alors qu'il ne constituait pas un moyen nouveau de droit ou de fait au sens de l'article 42 du règlement de procédure ou même l'ampliation d'un moyen énoncé antérieurement. Toutefois, elle ajouta que cela ne l'empêchait d'examiner ce moyen d'office, puisqu'il s'agissait d'un moyen pris de l'incompétence : « le moyen étant relatif à la compétence de l'auteur de l'acte attaqué, la Cour estime devoir indiquer les raisons pour lesquelles le Conseil était compétent pour établir une cotisation sur la production d'isoglucose »⁸⁷⁴.

En outre, le fait qu'une institution prenne une décision qui ne rentre ni dans sa compétence ni dans la compétence des autres institutions constitue également une forme d'incompétence matérielle, connue sous le nom d'incompétence externe⁸⁷⁵, comme par exemple

⁸⁷² T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF/Commission, c-79/89, *Rec.* 1992, p. 315, § 53. Certains avocats généraux soutenaient cette idée, comme l'avocat général Mayras dans ses conclusions dans l'affaire *Meganck/Commission* : « quant à la répartition entre les autorités administratives du pouvoir de prendre des décisions exécutoires et de faire par là même usage d'une prérogative de puissance publique, elle relève, au premier chef, de l'ordre public » (*Rec.* 1973, p. 540).

⁸⁷³ C.J.C.E., arrêt du 30 septembre 1982, *Amylum/Conseil*, c-108/81, *Rec.* 1982, p. 3107.

⁸⁷⁴ *Id.*, § 28.

⁸⁷⁵ Maurice-Christian Bergeres, *Contentieux communautaire*, précité, p. 203 ; René Joliet, *précité*, p. 96.

l'empiétement sur la compétence des Etats membres⁸⁷⁶. Si le caractère d'ordre public de cette forme d'incompétence n'a jamais été invoqué expressément devant la Cour, il doit cependant être considéré comme d'ordre public, puisqu'il s'agit de l'incompétence générale d'une institution communautaire⁸⁷⁷.

§ 2. *L'incompétence des fonctionnaires de la Commission européenne*

Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte communautaire ne fait aucun doute. Il convient cependant de préciser que ce caractère d'ordre public n'est inhérent qu'au moyen relatif à l'incompétence des institutions communautaires. Le moyen relatif à l'incompétence d'un fonctionnaire à l'intérieur d'une institution communautaire n'est pas d'ordre public, même si c'est celui qui a signé l'acte.

Ce constat ressort directement de l'affaire *Hecq*⁸⁷⁸. En l'occurrence, il s'agissait d'un recours d'un fonctionnaire de la Commission qui visait à l'annulation d'une décision de cette dernière lui retirant quelques-unes de ses responsabilités. Au cours de l'audience, le requérant avait demandé à la Cour de constater d'office que le fonctionnaire auteur de la décision attaquée, n'était pas compétent pour la prendre. La Cour a refusé de s'engager dans cette voie en constatant que la compétence d'un chef de service pour prendre les décisions de gestion ne relève pas des questions que la Cour peut examiner d'office. Elle n'a donc pas voulu considérer ce cas d'incompétence comme un moyen d'ordre public. Elle n'a pas toutefois expliqué sa position, mais il semble qu'elle se soit ralliée à l'opinion de son avocat général,

⁸⁷⁶ Comme dans le cas de la position des institutions communautaires à l'égard de la répartition jurisprudentielle des compétences au sein de chaque Etat membre et à l'égard des obligations qui peuvent incomber respectivement aux autorités de l'Etat fédéral (C.J.C.E., ordonnance du 21 mars 1997, Région wallonne/Commission, c-95/97, *Rec.* 1997, p. 1787). Voir pour d'autres exemples de ce type d'incompétence, les arrêts de la Cour du 10 décembre 1969, Commission/France, c-6/69, *Rec.* 1969, p. 523, et du 14 janvier 1988, Commission/Belgique, c-227/85, *Rec.* 1988, p. 1.

⁸⁷⁷ Certains auteurs soutiennent que ce cas d'incompétence ne rentre pas dans les formes de l'incompétence de l'auteur de l'acte, car il ne serait plus question en ce cas d'une illégalité de l'acte, mais de son inexistence (Maurice-Christian Bergeres, *Contentieux communautaire*, précité, p. 203 ; René Joliet, *précité*, p. 96).

⁸⁷⁸ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1988, *Hecq*/Commission, c-280/87, *Rec.* 1988, p. 6433.

selon lequel le caractère d'ordre public est réservé uniquement à l'incompétence d'une institution communautaire par rapport aux autres : « la Cour ne saurait soulever d'office que les moyens ayant trait à sa propre incompétence ou à celle de l'institution dont émane l'acte en cause. Or, en l'occurrence, la compétence de la Commission, en tant qu'institution, d'organiser ses services, ne saurait être mise en doute ».

Cet arrêt implique que toute forme d'incompétence reconnue directement dans le chef d'un fonctionnaire européen n'est pas d'ordre public, même dans la forme extrême connue sous le nom d'« usurpation de pouvoir ». Cette situation concerne le cas où l'acte communautaire a été pris par une personne dépourvue de toute autorité, soit parce qu'elle est placée en dehors de la hiérarchie administrative, soit parce qu'elle y remplit des fonctions qui ne lui confèrent aucun droit de décision, soit enfin parce qu'elle a cessé par révocation, expiration de mandat ou autrement d'exercer les pouvoirs qui lui appartenaient⁸⁷⁹. L'usurpation de pouvoir se distingue de l'incompétence en ce qu'elle correspond non à un acte fait à tort par un agent, alors qu'il aurait dû être fait par un autre, mais à un acte fait par une personne sans titre ni qualité⁸⁸⁰.

Cette forme d'incompétence n'a pas été traitée expressément par la jurisprudence communautaire, mais elle semble, à première vue, devoir être rangée sous la jurisprudence *Hecq*. Pourtant, l'usurpation de pouvoir devrait, en raison de sa gravité, être soulevée d'office par la Cour sans attendre qu'elle soit soulevée par les parties. Tel est du moins notre sentiment.

⁸⁷⁹ Edouard Laferrière, *précité*, p. 169.

⁸⁸⁰ Georges Vedel, Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1982, p. 780. Certains auteurs estiment que l'usurpation de pouvoir n'est pas concevable en droit communautaire compte tenu de la description des compétences, d'une minutie sans équivalent dans le droit interne (Maurice-Christian Bergeres, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *C.D.E.*, 1989, p. 651). Pour notre part, nous estimons que ceci n'écarte pas l'hypothèse de cas d'usurpation de pouvoir en droit communautaire, car la violation des règles de compétence, notamment dans le cas d'usurpation de pouvoir, n'est pas liée à la précision de la délimitation des compétences des organes administratifs.

Nous croyons que la Cour doit réviser sa position à cet égard, car la situation actuelle est incertaine. L'arrêt *Hecq* est un arrêt unique qui n'a pas été confirmé ultérieurement. On peut même relever l'existence d'un arrêt antérieur où il a été implicitement constaté que le moyen relatif à l'incompétence du fonctionnaire européen est d'ordre public. C'est l'affaire *Meganck*⁸⁸¹. Dans cette affaire, le moyen d'incompétence reposait sur le fait que le signataire de l'acte était incompétent au regard des pouvoirs qui lui avaient été délégués. Ce moyen avait été invoqué pour la première fois devant la Cour durant la procédure orale. La Cour n'a pas accepté de l'examiner pour la seule raison qu'il concernait un acte qui ne faisait pas l'objet du recours. Ce qui laisse entendre qu'en l'absence de cet empêchement, elle aurait pu examiner ce moyen bien qu'il eût été invoqué tardivement.

SECTION 2. L'INCOMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DE L'AUTEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

En principe, l'incompétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte est également d'ordre public. Le principe a été affirmé pour la première fois par la Cour — avant même l'incompétence matérielle — dans l'affaire *Allemagne/Haute autorité*. En l'occurrence, il avait été reproché à la Haute Autorité de la CECA de prendre la décision en cause après l'expiration de la phase transitoire au cours de laquelle il lui était permis d'adopter de telles décisions. Le moyen n'était pas invoqué par les requérants ; la Cour a néanmoins constaté qu'elle pouvait soulever le moyen d'office « *même s'il est exact que ce grief n'a été invoqué de façon formelle ni dans la requête ni dans la réplique, il convient de l'examiner* »⁸⁸².

Le principe a été confirmé dans le cadre de l'application du traité CE. Dans l'affaire *BASF*, le Tribunal a examiné d'office l'incompétence *ratio materiae* et *temporis* de la Commission à la fois : « *il appartient au Tribunal d'examiner le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur des actes notifiés et publiés, tel que soulevé par les requérantes. Ce moyen, qui, en tout état de*

⁸⁸¹ C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1973, *Meganck/Commission*, c-36/72, *Rec.* 1973, p. 527.

⁸⁸² C.J.C.E., arrêt du 10 juin 1960, *Allemagne/Haute Autorité*, c-19/58, *Rec.* 1960, p. 471.

cause, est d'ordre public, comprend lui-même deux branches. Il convient, en effet, de distinguer entre la compétence matérielle et la compétence ratione temporis de l'auteur des actes notifiés et publiés, tels que déferés au Tribunal par les requérantes »⁸⁸³.

Il convient cependant d'examiner plus attentivement le cas de l'incompétence *ratione temporis* de l'auteur de l'acte créé par la violation de certains délais procéduraux et, notamment, les délais de notification des aides pour la sidérurgie qui ont été instaurées, pour la première fois en 1980, dans certains cas expressément prévus par un code des aides spécifiques à ce secteur d'activités (§ 1^{er}). Il existe également d'autres délais qui lient la Commission dans le cadre de la même procédure, mais qui sont d'origine jurisprudentielle. Ils ont pour objet la limitation dans le temps du pouvoir de la Commission de prendre une décision à l'égard de l'aide notifiée (§ 2).

§ 1^{er}. Les délais de notification des projets d'aides à la sidérurgie

Dans son article 88, le traité a établi une procédure spéciale organisant l'examen permanent et le contrôle des aides par la Commission. En ce qui concerne les aides nouvelles que les États membres auraient l'intention d'instituer, il est établi une procédure préalable sans laquelle aucune aide ne saurait être considérée comme régulièrement instaurée. En vertu de l'article 88, paragraphe 3, première phrase, du traité, les projets tendant à instituer ou à modifier des aides doivent être notifiés à la Commission préalablement à leur mise en œuvre.

Les délais visés ici sont les délais de notification à la Commission des projets d'aide instaurés par les États membres pour la sidérurgie. Ils ont été instaurés pour la première fois dans le deuxième des six « codes » instituant des règles communautaires pour les aides spécifiques à ce secteur. Toutefois, il ne s'agit pas d'un simple délai procédural, mais d'un délai de

⁸⁸³ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF e.a./Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315. Ce principe a été confirmé par l'arrêt de la Cour de justice du 15 juin 1994, Commission/BASF, c-137/92, *Rec.* 1994, p. 2555.

forclusion qui limite la compétence de la Commission à ne prendre aucune décision à l'égard d'une aide en sidérurgie avant l'expiration de ce délai.

Le caractère d'ordre public de ces délais n'a pas été explicitement consacré dans les premiers arrêts de la Cour, même s'ils en ont souligné le caractère obligatoire.

C'est dans l'arrêt *Allemagne/Commission*⁸⁸⁴ que le caractère contraignant du délai de notification des aides à la sidérurgie a été examiné pour la première fois. En l'occurrence, étaient en cause des aides que les gouvernements belge, français et italien projetaient d'accorder à certains producteurs sidérurgiques. L'Allemagne contestait la décision de la Commission approuvant ces différentes aides qui risquaient d'affecter la compétitivité de ses entreprises sur le marché européen. Devant la Cour, elle attaqua la décision de la Commission en invoquant, à titre subsidiaire, la violation par celle-ci du délai de notification prévu par le deuxième code, en ce que le montant des aides autorisées par la Commission était supérieur à celui qui lui avait été notifié avant l'expiration du délai. La Commission n'a pas contesté cette violation, mais elle a prétendu que le délai prévu par le code était un pur délai de procédure n'ayant pour but que de contribuer à l'efficacité de l'action de la Commission et de lui garantir, notamment, un laps de temps suffisant pour pouvoir examiner la compatibilité des projets d'aides avec le marché commun.

L'avocat général VerLoren van Themaat voyait pour sa part dans le non-respect du délai non une question de compétence, mais la violation d'une formalité substantielle : « *même si l'on admettait avec la Commission que le délai de notification ... n'est pas un délai de forclusion en ce sens que tout dépassement de ce délai, aussi minime soit-il, exclurait l'approbation des projets d'aide notifiés tardivement, ce délai doit cependant être considéré comme ayant un caractère plus contraignant que la Commission ne le prétend* ». Le fait que la Commission avait admis de sa propre initiative des « dépassements importants » du délai de notification

⁸⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 3 octobre 1985, *Allemagne/Commission*, c-214/83, *Rec.* 1985, p. 3053.

devait s'analyser, selon lui, comme un « vice de forme substantiel » justifiant l'annulation des décisions considérées⁸⁸⁵.

La thèse de la Commission n'a pas été accueillie par la Cour. Celle-ci a jugé que ce délai constituait un délai de forclusion en ce sens qu'il excluait l'approbation de tout projet d'aide notifié tardivement. La Commission ne pouvait autoriser des aides si les projets tendant à les instituer ne lui avaient pas été notifiés au plus tard à l'expiration du délai prévu à cet effet⁸⁸⁶.

Nous estimons, pour notre part, que l'objectif exprès du code est d'assurer à toutes les aides dont la sidérurgie peut bénéficier un traitement uniforme, dans le cadre d'une seule procédure. Cet objectif pourrait être compromis si l'on considérait le délai de notification comme une simple indication⁸⁸⁷. Il s'agit donc bien d'un délai impératif et de forclusion. Mais ce délai est-il d'ordre public ?

La Cour a tranché définitivement cette question dans l'affaire *Salzgitter* en constatant que la question relevait de la compétence de la Commission et qu'elle constituait pour cette raison un moyen d'ordre public. Dès lors, « *s'agissant d'une constatation qui touche à la compétence de la Commission, elle doit être relevée d'office par le juge alors même qu'aucune des parties ne lui a demandé de le faire* »⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ Cité par l'avocat général Jacobs dans ses propres conclusions sur l'affaire *Allemagne/Commission*, arrêt du 26 mai 1982, c-44/81, *Rec.* 1982, p. 1855, § 102.

⁸⁸⁶ *Id.*, §§ 45-47. La Cour a confirmé, dans son arrêt *Falck*, la nature impérative de ce délai (arrêt du 24 février 1987, *Falck/Commission*, 304/85, *Rec.* 1987, p. 871, §§ 16 et 18).

⁸⁸⁷ Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Salzgitter/Commission*, arrêt du 13 juillet 2000, c-210/98, § 93, *Rec.* 2000, p. 5843.

⁸⁸⁸ C.J.C.E., arrêt du 13 juillet 2000, *Salzgitter/Commission*, c-210/98, *Rec.* 2000, p. 5843, § 56.

La compétence en cause relève de la compétence *ratione temporis* de la Commission puisque celle-ci n'est pas en droit d'autoriser des aides si les projets tendant à les instituer ou à les modifier ne lui ont pas été notifiés avant l'expiration du délai spécifiquement prévu^{889 890}.

La Cour n'a donc pas soustrait cette forme de compétence au caractère d'ordre public attribué à la compétence de l'auteur de l'acte en général, même si la limitation de la compétence de la Commission n'a pas été fixée expressément par le droit communautaire.

§ 2. Les délais limitant le pouvoir de la Commission de prendre une décision à l'égard d'une aide notifiée

L'article 88, § 3, du traité CE prévoit que « la Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent ».

Dans un premier temps, la Cour a déclaré que la Commission est tenue de faire connaître dans un délai raisonnable sa position à l'Etat membre qui a notifié un projet d'aide. Elle a ensuite

⁸⁸⁹ « La Commission, lorsqu'elle constate qu'une aide a été instituée ou modifiée sans avoir été notifiée, a le pouvoir, après avoir mis l'Etat membre concerné en mesure de s'exprimer à cet égard, d'enjoindre à celui-ci, par une décision provisoire, en attendant le résultat de l'examen de l'aide, de suspendre immédiatement le versement de celle-ci et de fournir à la Commission, dans le délai qu'elle fixe, tous les documents, informations et données nécessaires pour examiner la compatibilité de l'aide avec le marché commun. La Commission dispose du même pouvoir d'injonction au cas où l'aide a été notifiée à la Commission, mais où l'Etat membre concerné, sans attendre l'issue de la procédure prévue par l'article 93 (devenu 88), paragraphes 2 et 3, du traité, procède à la mise à exécution de l'aide, contrairement à l'interdiction prévue au paragraphe 3 de cet article » (arrêt du 14 février 1990, France/Commission, c-301/87, *Rec.* 1990, p. 307).

⁸⁹⁰ En jurisprudence, la question de la compétence de la Commission à l'expiration d'un tel délai reste inhérente à la notification de l'aide à la sidérurgie. On n'a pas pu relever, à partir de l'examen de la jurisprudence de la Cour, qu'un délai analogue ait pu être appliqué à la notification d'autres sortes d'aides instaurées par un Etat membre. Par conséquent, nous considérerons qu'en droit communautaire, le moyen d'ordre public relatif à la violation du délai de notification est limité à cette hypothèse.

précisé que ce délai ne doit pas excéder deux mois⁸⁹¹. Puis, dans l'affaire *Siemens*⁸⁹², elle a souligné le caractère essentiel de ce délai pour la sécurité juridique relative à la phase de préexamen des aides des Etats instituées par l'article 88 du traité. Cette finalité, consistant à fixer rapidement l'Etat membre quant à la compatibilité avec le traité d'une aide qui peut présenter un caractère d'urgence, serait compromise si le délai était considéré comme indicatif⁸⁹³.

Ce délai limite la compétence de la Commission dans le temps, puisqu'après l'expiration de ce délai, elle ne sera plus compétente pour ouvrir la procédure prévue à l'article 88, § 2, et l'aide devra être mise définitivement à exécution sans que la Commission puisse s'y opposer : *« la transformation d'une aide notifiée en aide existante n'est subordonnée qu'à deux conditions nécessaires et suffisantes. La première est que l'Etat membre notifie à la Commission le préavis de la mise à exécution de l'aide projetée. La seconde est que la Commission omette d'engager la procédure contradictoire au titre de l'article 93 (devenu 88), paragraphe 2, du traité dans les deux mois suivant la notification complète de l'aide »*⁸⁹⁴.

On lit, dans l'ordonnance *Commission/France* (relative à la mise en cause des aides fournies par le gouvernement français au secteur textile), que la Cour a refusé d'accepter les allégations du requérant, consistant à considérer que ce délai n'a qu'une valeur indicative. Le requérant avait agi de cette manière afin de justifier la mise en exécution de l'aide litigieuse avant l'écoulement du délai de deux mois. La Cour a justifié sa décision en soulignant l'importance de la dernière phrase de l'article 88 du traité CE qui constitue, selon elle, la sauvegarde du mécanisme de contrôle institué par cet article, essentiel pour garantir le fonctionnement du marché commun. Elle en a tiré la conséquence que l'Etat membre n'est pas libre de se soustraire à ce délai et que s'il estime la mesure d'aide compatible avec le

⁸⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 11 décembre 1973, *Lorenz GmbH/Bundesrepublik Deutschland e.a.*, c-120/73, *Rec.* 1973, p. 1471.

⁸⁹² C.J.C.E., arrêt du 15 février 2001, *Autriche/Commission*, c-99/98, *Rec.* 2001, p. 1101.

⁸⁹³ *Id.*, § 73.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, § 84.

marché commun, cette circonstance ne saurait l'autoriser à passer outre aux dispositions claires de l'article 88 du traité^{895 896}.

Contrairement à ce qu'il fit à propos des délais de notification des projets d'aides à la sidérurgie, le juge communautaire n'a pas abordé la question du caractère d'ordre public de ce délai. La violation de l'impérativité de ce délai doit néanmoins constituer un moyen d'ordre public communautaire, même s'il est d'origine jurisprudentielle et donc soumis dans sa délimitation à l'appréciation du juge communautaire. C'est une question relative à la compétence de la Commission, elle doit être ainsi considérée d'ordre public. Notre point de vue se base également sur le fait que la Cour, pour déterminer la durée de ce délai, s'est inspirée du délai de recours fixé par les articles 230 et 235 du traité CE, lequel est d'ordre public⁸⁹⁷, et pour les mêmes raisons de sécurité juridique⁸⁹⁸.

Enfin, on peut ajouter, à l'appui de notre argumentation, que ce délai, comme toute autre règle d'ordre public, n'est pas soumis à la volonté des parties concernées. La Commission n'est pas effectivement libre de modifier ces délais : *« le fait que la Commission peut, dans certains cas, s'imposer une limitation volontaire de sa marge de manoeuvre afin d'agir dans un délai inférieur à deux mois n'implique pas que cette institution puisse imposer, sans le*

⁸⁹⁵ C.J.C.E., ordonnance du 20 septembre 1983, Commission/France, c-171/83, *Rec.* 1983, p. 2621.

⁸⁹⁶ Selon l'avocat général Jacobs, la raison profonde de ce délai est de protéger l'intérêt de l'Etat membre notifiant à bénéficier de la sécurité juridique et à pouvoir mettre l'aide rapidement en oeuvre (conclusions de l'avocat général dans l'affaire Autriche/Commission, *Rec.* 2001, p. 1135).

⁸⁹⁷ *« Il est indiqué, à cet égard, de s'inspirer des articles 173 (devenu 230) et 175 (devenu 235) du traité qui, s'appliquant à des situations comparables, prévoient un délai de deux mois ; si, passé ce délai, l'Etat membre concerné peut mettre le projet à exécution, les exigences de la sécurité juridique impliquent cependant qu'il en soit donné préavis à la Commission »* (C.J.C.E., arrêt du 11 décembre 1973, Lorenz GmbH/Bundesrepublik Deutschland e.a., c-120/73, *Rec.* 1973, p. 1471, § 4).

⁸⁹⁸ *« En s'inspirant des articles 173 du traité (devenu, après modification, article 230 CE) et 175 du traité (devenu article 232 CE) pour établir la durée du délai de réflexion de la Commission dans la phase de préexamen des aides d'Etat, instituée par l'article 93, paragraphe 3, du traité (devenu article 88, paragraphe 3, CE), et en évaluant ainsi la durée maximale de ce délai à deux mois, la Cour a entendu éviter une insécurité juridique manifestement contraire à la finalité de cette phase. (...) En outre, l'insécurité juridique qui en résulterait pourrait être aggravée en cas de prolongation artificielle de la phase de préexamen »* (C.J.C.E., arrêt du 15 février 2001, Autriche/Commission, c-99/98, *Rec.* 2001, p. 1101, § 73).

consentement de l'État membre intéressé, des délais supérieurs à deux mois et le priver de la sorte du bénéfice des délais fixés par le droit communautaire »⁸⁹⁹.

Il ressort de tout ce qui précède que le caractère d'ordre public de ce délai ne peut être contesté. La Cour n'est pas obligée d'attendre qu'il soit soulevé par les parties ; elle peut procéder elle-même à son examen d'office.

* * *

La Cour semble ainsi vouloir conférer au moyen d'ordre public relatif à l'incompétence *ratione temporis*, dans toutes ses manifestations, le caractère d'ordre public. Toutefois, nous regrettons que l'exception que nous avons relevée à propos de l'incompétence *ratione materiae* du fonctionnaire européen nous paraît devoir être appliquée également dans le cadre de l'incompétence *ratione temporis* tant que la Cour ne s'est pas prononcée en sens contraire. Le moyen relatif à l'incompétence d'un fonctionnaire européen qui aurait pris une décision en dehors de sa compétence avant l'entrée en vigueur d'un acte lui attribuant les compétences nécessaires, ou après l'expiration des délais prescrits dans ce même acte, ne constitue donc pas un moyen d'ordre public communautaire.

⁸⁹⁹ *Id.*, § 75.

CHAPITRE II

LE MOYEN RELATIF A LA VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES

SECTION PRELIMINAIRE. LES FORMES SUBSTANTIELLES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. La détermination des formes considérées comme substantielles

La notion de formes substantielles n'a été prévue, en droit communautaire, que dans l'article 230 du traité CE, selon lequel l'omission de ces formes constitue un motif d'annulation de l'acte communautaire : « *la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles des actes des institutions communautaires mentionnées à la fin de cet article* ». Cette notion a été empruntée au droit français. De telles formes sont imposées aux administrations avant l'adoption de leurs décisions⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰ Louis Cartou, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire », *précité*, p. 164. La distinction entre formalité substantielle et non substantielle en droit administratif français a été établie par le Conseil d'Etat de France dès ses premiers arrêts. Voir C.E 3 juillet 1896, Syndicat d'association des vidanges d'Arles, Rec. Leb. p. 546. En effet, les conditions de forme ont acquis en France une position très importante en droit administratif. Selon Hauriou, « *les formalités de procédure constituent avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif. L'administration est un organisme en partie automatique, dans lequel la conscience centrale ne peut être toujours en éveil* » (Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, réédition par Pierre Delvolvé et Franck Moderne, 2002, p.441). Selon Laferrière, ces conditions de forme ne sont pas formelles, car dans la pensée du législateur ce sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration, contre les décisions hâtives et mal étudiées. Pour chacune de ces formalités correspond, dans la pensée du législateur, un moyen d'éviter une erreur, d'empêcher une injustice, d'assurer la maturité et l'opportunité de la décision, de telle sorte que l'acte n'est présumé correct que si toutes les formes requises ont été observées (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *précité*, T. II, p. 493). Cette question est également régie par le droit de la procédure civile français qui prévoit dans son article 114 alinéa 1, qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul en raison de l'existence d'un vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, sauf dans le cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

Le moyen relatif à la violation des formes substantielles ne peut être invoqué, en vertu de l'article 230 qu'à l'occasion d'un recours en annulation ou d'un renvoi en appréciation⁹⁰¹. Il ne peut être soulevé à l'occasion d'une question préjudicielle d'interprétation, pour laquelle il n'existe aucun formalisme imposé par le traité. Il est aussi constant que ce moyen, par sa nature, ne peut être soulevé par les parties ou par le juge à l'occasion d'un recours en manquement ou en indemnité⁹⁰².

La Cour n'a pas tardé, dès ses premiers arrêts, à contrôler la légalité des actes communautaires au regard de leurs formes substantielles et de confirmer le caractère d'ordre public de ces dernières. Ainsi, dans la première affaire examinée par la Cour, l'affaire *République française/Haute autorité*, elle a relevé d'office qu'en droit de la C.E.C.A., le défaut de consultation du Conseil par la Haute autorité constitue une violation d'une forme substantielle qui implique l'annulation de l'acte, que la simple information ne suffit à s'y substituer⁹⁰³.

En effet, les formes substantielles revêtent une importance particulière en droit communautaire, comme l'a bien explicité M. l'avocat général Fennelly : « *La nécessité d'octroyer de façon générale à des règles de procédure une place aussi importante dans l'ordre juridique communautaire n'est pas le résultat d'un formalisme excessif, mais reflète plutôt le fait que ces règles garantissent un accès minimal au processus de décision pour chacun des acteurs institutionnels participants (institutions, organes auxiliaires, Etats membres)* »⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ La Cour a transposé dans le cadre du contrôle d'un acte par le biais du renvoi préjudiciel les quatre moyens permettant l'annulation par la voie de l'article 230, y compris la violation de formes substantielles (Frédérique Berrod, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, p. 261).

⁹⁰² René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 160.

⁹⁰³ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, République française/Haute Autorité, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7.

⁹⁰⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, arrêt du 6 avril 2000, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2341, § 23.

Toutefois, il est regrettable que ces formes substantielles n'aient pas été énumérées par le droit communautaire. Il incombe au juge communautaire de décider quelles sont les formes juridiques qui revêtent un caractère substantiel pour la validité de l'acte⁹⁰⁵. Si la Cour de justice a effectivement joué un rôle essentiel dans la détermination de ces formes⁹⁰⁶, sa tâche fut rendue plus ardue du fait que le droit communautaire n'en avait pas offert les critères et définition.

Nous tentons de synthétiser la conception des formes substantielles dans la jurisprudence de la Cour de justice (B) mais préalablement, il s'avère indiqué d'étudier cette notion du point de vue de la doctrine communautariste (A).

A) La position de la doctrine

La distinction entre forme substantielle et non substantielle est, en réalité, une question délicate qui ne peut être résolue de manière définitive⁹⁰⁷. Elle revêt un caractère aussi difficile

⁹⁰⁵ Louis Cartou, *précité*, p. 163-171.

⁹⁰⁶ Les formes substantielles qui sont dégagées par la Cour de justice peuvent trouver leur source en droit communautaire primaire (C'est le cas de l'article 253 CE qui prévoit la motivation comme condition de validité de l'acte communautaire). Cependant, la plupart des formes administratives sont prescrites par le droit communautaire dérivé, puisque le traité n'a pas édicté de nombreuses formes administratives. On peut citer, par exemple, le cas de l'obligation qui incombe à la Commission, en vertu de l'article 6 du règlement du Conseil n°2950/83 en matière de financement des actions de formation, d'informer l'Etat intéressé avant de prendre une décision à son égard (C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1991, Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA/Commission, c-304/89, *Rec.* 1991, p. 2283).

⁹⁰⁷ En droit français, selon Georges Vedel, la jurisprudence adopte un double critère. Elle regarde comme substantielle toute forme qui a pour objet de garantir les droits des administrés, ainsi le respect du droit de l'agent menacé d'une sanction disciplinaire à la communication de son dossier. Elle considère également comme substantielle toute forme dont l'inaccomplissement aurait pu changer le sens de la décision attaquée (Georges Vedel, Pierre Devolvé, *Droit administratif*, *précité*, p. 788. Voir en ce sens, Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, p. 788). René Chapus a offert une définition négative des formes substantielles en énumérant les circonstances dans lesquelles une formalité n'est pas considérée comme substantielle. 1) Lorsque cette forme, même si elle est à priori substantielle, est insusceptible, compte tenu des circonstances en cause, d'avoir privé les intéressés des garanties auxquelles ils avaient droit. 2) Si le respect de la règle a été à l'origine impossible. 3) Si l'observation de la règle de procédure était, en l'espèce, inutile. En Bref, selon Chapus, les formalités substantielles sont celles qui sont de nature à avoir une incidence sur la décision à prendre ou de conférer des garanties à ceux que cette décision concernera (René Chapus, *Contentieux administratif*, *précité*, p. 930). Selon J.-M. Auby, les formes substantielles constituent les formalités dont l'omission ou

de celui de la définition de la règle d'ordre public en général. Le fait de constater que toutes les formes substantielles relèvent de l'ordre public, ne facilite pas la délimitation des règles d'ordre public, car c'est une notion aussi circonstancielle et imprécise que la notion d'ordre public.

Il est regrettable que la question n'ait suscité, en droit communautaire, que peu d'intérêt, la doctrine se contentant d'étudier quelles sont les formes qui sont considérées comme substantielles par la jurisprudence⁹⁰⁸. La majorité s'accorde à regrouper les formes substantielles en deux catégories principales : les conditions de formes relatives à l'élaboration de l'acte et les formes garantissant les droits de défense des intéressés pendant une procédure administrative engendrant un acte leur faisant grief⁹⁰⁹.

Les auteurs qui ont essayé de définir les formes substantielles en droit communautaire, s'accordent à considérer que cette notion se limite à la phase de l'élaboration de l'acte. Selon J. Boulouis, sont considérées comme formes substantielles, les formes qui sont intégrées dans le processus d'élaboration des actes communautaires et qui commandent la validité de ceux-ci⁹¹⁰. Dans ce contexte, l'auteur distingue — comme la majorité de la doctrine — entre deux catégories de formes substantielles : celles qui sont prescrites par le traité dans le souci d'entourer les mesures visées de toutes les garanties de circonspection et de prudence⁹¹¹ et

l'accomplissement irrégulier a pu exercer une influence sur la décision intervenue. Cependant, l'auteur estime que le juge ne fait pas la distinction entre formes substantielles et non substantielles dans le cas où la loi impose la formalité à peine nullité, car dans ce cas, la forme est toujours substantielle (J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, précité, T. II, p. 584).

⁹⁰⁸ Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 563. Voir également, René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 97, et Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, précité, p. 537.

⁹⁰⁹ Sean Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Deboeck université, 2001, p. 507, et René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 97. Il convient cependant de faire remarquer que ces auteurs traitent la motivation comme une catégorie indépendante des formes substantielles, n'ayant pu la classer comme une forme relative à l'élaboration de l'acte, puisqu'elle est relative à l'adoption de celui-ci (voir en ce sens plus particulièrement Joël Rideau, *précité*, p. 664).

⁹¹⁰ Jean Boulouis, R.-M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, précité, T. II, p. 382-383.

⁹¹¹ L'auteur mentionne la procédure de consultation du Parlement comme un exemple de cette catégorie (p. 383).

celles qui, en vertu du principe du respect de droit de la défense, constituent une garantie pour les intéressés dans une procédure administrative débouchant sur une sanction.

Jean-Paul Jacqué, à son tour, offre une définition très proche de la précédente, mais plus restreinte. Les formes substantielles, selon l'auteur, sont celles qui sont destinées à garantir que la volonté communautaire se forme dans le respect de l'équilibre institutionnel ou que les droits des particuliers, notamment le droit à une protection juridictionnelle, soient respect  s⁹¹². Ainsi, si l'auteur centre la notion sur les conditions de l'élaboration des actes, il la limite cependant aux formes dont la violation peut porter atteinte à l'équilibre institutionnel (procédure de consultation du Parlement) et aux droits de la d  fense⁹¹³.

Ce n'est que J. Mégret qui, à notre avis, fournit une définition plus détaillée et qui s'adapte mieux à la nature des formes substantielles. Selon lui, ces formes comprennent toutes formalités devant être respectées soit préalablement à l'acte, soit au moment de son adoption, et dont l'importance est jugée telle que leur méconnaissance entraîne l'annulabilité de l'acte⁹¹⁴. Tout d'abord, il faut constater que l'auteur confère à la notion un large champ d'application. Il ne le limite pas, comme c'est le cas de la majorité de la doctrine, à la phase de l'élaboration de l'acte, mais il l'élargit pour couvrir également la phase de l'adoption.

La particularité de la définition de J. Mégret réside encore dans le fait qu'elle met en valeur la nature de ces formes. Selon l'auteur, il faut que la forme substantielle revête une importance pour l'ordre juridique européen. Il est regrettable que l'auteur n'a pas consacré un développement particulier à cette condition. Il semble ainsi qu'il la laisse à l'appréciation de la Cour en fonction des différentes circonstances de droit ou de fait. Nous estimons cependant, que les formes, par leur nature, ne peuvent acquérir un caractère substantiel en

⁹¹² Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 565.

⁹¹³ Cependant, l'auteur estime que la forme ne sera substantielle que lorsque son respect aurait pu conduire à un résultat différent à l'égard du contenu de l'acte attaqué (p. 565).

⁹¹⁴ J. Mégret, *Le droit de la Communauté économique européenne, la Cour de Justice*, précité, T.I, p. 128.

raison d'une simple importance qu'elles sont capables de revêtir : cette importance doit être primordiale et fondamentale pour justifier le fait de les élever au rang des formes substantielles. Une importance qui ne sera justifiée que si la forme protège un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire. La définition de J. Mégret devrait donc être plus détaillée sur ce point.

La troisième condition qu'une forme substantielle doit remplir, selon l'auteur, c'est que son omission doit entraîner l'annulation de l'acte⁹¹⁵. Si ce critère n'est pas approprié, en général, pour constituer un élément de définition d'une règle d'ordre public de fond, car il ne précise que l'effet de la règle et non pas sa substance, cependant, il doit être inclus, plus particulièrement, dans la définition des formes substantielles, car il n'est pas ici question de définir les formes substantielles en tant que règle d'ordre public, mais de les distinguer des simples formes, dont la violation est sans influence sur la validité de l'acte.

Il serait utile de connaître également l'opinion des avocats généraux attachés à la Cour sur ce sujet. Cependant, on se heurte au fait que la plupart d'entre eux se sont contentés d'étudier si la violation des formes invoquées dans les différents arrêts constituait une violation des formes substantielles ou non. Dans l'ensemble des conclusions des avocats généraux présentées devant la Cour, nous n'avons trouvé que l'analyse de M. Fennely, dans ses conclusions sous l'affaire *Imperial Chemical*. Il définit les formes substantielles comme étant une notion « *réservée aux conditions de procédure qui sont intrinsèquement liées à la formation et à l'expression de l'intention de l'autorité adoptant l'acte, et que, ainsi qu'il résulte clairement de l'article 173 du traité CE (devenu 230 CE), toute violation d'une telle condition justifie nécessairement l'annulation de la mesure dans son ensemble* »⁹¹⁶. M. l'avocat général Fennely, comme la plupart des auteurs, ne définit donc que le champ d'application et la sanction de l'omission de la forme. En réalité, l'effet que peut avoir

⁹¹⁵ Cependant, selon l'auteur, seule la méconnaissance des formalités expressément prescrites peut entraîner l'annulation de l'acte (J. Mégret, *Loc. cit.*). Voir en ce sens, Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 1997, p. 354.

⁹¹⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, arrêt du 6 avril 2000, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2341, § 22.

l'omission d'une forme sur la validité d'un acte, s'il constitue un élément très important dans la définition des formes substantielles, ne peut servir qu'à déterminer les formes à la violation desquelles le juge communautaire attache un tel effet, sans permettre à la doctrine de découvrir le caractère substantiel d'une forme qui n'avait pas été examinée par la Cour. Or il n'est pas possible non plus de se référer aux textes législatifs du droit communautaire, car ils ne prescrivent pas de formes à peine nullité.

Nous estimons donc que c'est J. Mégret qui a réussi à décrire la réalité des formes substantielles. Sa définition nous explique bien la raison du statut privilégié de certaines formes du droit administratif européen. Il est clair qu'il ne s'agit pas d'un formalisme rigoureux, mais de règles qui protègent certains principes fondamentaux.

B) La position du juge communautaire

1. L'inexistence d'une définition

Il faut préalablement constater que la Cour n'a pas offert une définition abstraite des formes substantielles de l'acte communautaire⁹¹⁷. En distinguant entre simple vice de forme et vice de forme substantiel, dans ses différents arrêts, elle a négligé de fournir les critères sur lesquels elle s'est basée pour opérer une telle distinction. Elle s'est contentée de préciser que les formes substantielles *constituent l'ensemble du formalisme rigoureux qui s'attache à l'élaboration, à l'adoption et à l'authentification des actes communautaires*⁹¹⁸. Cette définition très globale, se limite donc à indiquer le champ d'application de la notion. Le fait de qualifier les formes substantielles de « formalisme rigoureux » ne constitue pas en lui-même une définition précise.

⁹¹⁷ *Id.*, § 22.

⁹¹⁸ C.J.C.E., arrêts du 5 décembre 1963, Lemmerz/Haute Autorité, c-53/63 et 54/63, *Rec.* 1963, p. 487. Voir également, arrêt du 5 décembre 1963, Usines Émile Henriot/Haute Autorité, c-23/63, 24/63 et 52/63, *Rec.* 1963, p. 441.

Il ne faut pas non plus induire de la définition précédente que toute forme relative à de l'élaboration ou à l'adoption de l'acte est constitutive, selon la Cour, d'une forme substantielle. La Cour a bien pris le soin de préciser que « *les formes qu'impose le traité pour l'élaboration des décisions peuvent être considérées comme substantielles* »⁹¹⁹. Il incombe ainsi au juge communautaire d'apprécier chaque fois, in concreto, le caractère substantiel de la forme.

2. Le principe : l'évaluation de l'importance de la forme

Les formes substantielles qui ont été relevées par le juge communautaire ne sont pas nombreuses. Il s'agit de certaines formes relatives à l'élaboration de l'acte communautaire comme l'exigence de la consultation d'une institution ou d'un organe communautaires durant le processus législatif et le respect des droits de la défense dans la procédure administrative communautaire. On doit également ajouter d'autres formes relatives à l'adoption de l'acte comme l'exigence de sa motivation et de son authentification.

Il est manifeste que la règle principale qui guide la Cour de justice dans la découverte des formes substantielles, c'est l'influence de la forme sur les garanties procédurales dont jouissent les sujets du droit communautaire. Ainsi, la motivation est considérée comme relevant des formes substantielles en droit communautaire car elle vise la protection des droits de défense des particuliers et favorise le contrôle juridictionnel des actes communautaires. Également, la consultation du Parlement n'a été considérée comme telle qu'en raison de son importance pour la préservation de l'équilibre institutionnel et la participation effective du Parlement au processus législatif communautaire. Une forme substantielle est, en effet, *conçue pour entourer les mesures visées de toutes les garanties de circonspection et de*

⁹¹⁹ C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1955, Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité, c-6/54, *Rec.* 1954, p. 201, sp, p. 220.

*prudence*⁹²⁰. Il est donc manifeste que la Cour considère les formalités substantielles, en principe, comme *un moyen au service d'une fin*⁹²¹.

Naturellement, l'influence de la forme sur la validité de l'acte ne peut constituer un critère qui puisse aider la Cour à découvrir le caractère substantiel de la forme, puisque c'est à elle qu'il incombe, en l'absence de dispositions expresses du droit communautaire, d'attacher cet effet à la violation de la forme après la découverte de son caractère substantiel. En effet, comme on vient de le rappeler, il n'existe pas en droit communautaire de formalités expressément prescrites à peine nullité. Le traité CEE se contente de prescrire comme règle générale, dans son article 231, l'annulation de l'acte pour toute violation de formes substantielles⁹²².

En d'autres termes, c'est l'attribution du caractère substantiel à une forme qui justifie son annulation. L'annulation de l'acte arrive comme conséquence de la découverte de « la substantialité » de la forme.

Il faut également observer que la plupart des formes substantielles sont considérées comme telles, uniquement à cause de leur importance dans l'ordre juridique communautaire. L'influence de l'omission des formes sur le contenu de l'acte ne constitue pas, selon la Cour, un élément déterminant de leur caractère substantiel. L'appréciation de la Cour se porte essentiellement sur l'importance que constituent ces formes pour la protection des garanties procédurales et la stabilité de l'ordre juridique communautaire. La violation des formes substantielles est constituée par la seule omission de la forme en cause, sans qu'il soit nécessaire de prouver un effet négatif particulier⁹²³. Ainsi, en matière d'authentification des

⁹²⁰ *Id.*, p. 220.

⁹²¹ Cette expression est tirée de Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *précité*, p. 598.

⁹²² On peut ajouter que la Cour, comme on va le voir plus loin, se donne le droit, dans certains cas, de ne pas décider l'annulation de l'acte vicié par un défaut de forme substantielle.

⁹²³ La Cour de justice n'établit pas également, à l'égard de ces formes substantielles, une distinction entre omission complète et incomplète. Ainsi, en matière de motivation de l'acte, la Cour de justice a déclaré que

actes communautaires, la Cour a constaté que son défaut constitue une violation de formes substantielles indépendamment de la question de savoir si les textes adoptés, notifiés et publiés, présentent des divergences et si ces dernières revêtent ou non un caractère essentiel⁹²⁴.

Cette jurisprudence se manifeste plus particulièrement en matière de formes substantielles imposées impérativement par le traité, comme la motivation, l'authentification et la consultation. Ces formes garantissent, en effet, le respect de la « légalité objective » en droit communautaire, plutôt que les intérêts subjectifs d'une partie⁹²⁵.

3. Les exceptions

Toutefois, dans certains cas, comme en matière de formalités protectrices des droits de la défense, la Cour de justice ne considère la forme comme substantielle que lorsque le droit de défense a été affecté par son omission de sorte qu'il en a influencé le contenu de l'acte⁹²⁶. Ceci est dû au fait que la Cour, dans le cadre d'une procédure administrative communautaire, cherche à faire respecter le droit de la défense et non pas strictement la forme elle-même. Si le respect des droits de la défense dans cette procédure a pu être rassuré par d'autres moyens, il

l'existence d'un début de motivation constitue également une violation de formes substantielles (C.J.C.E., arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, c-166/95, *Rec.* 1997, p. 983).

⁹²⁴ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, *Commission/Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2391, § 22. Dans le même arrêt, la Cour a plus précisément constaté que l'authentification des actes constitue une forme substantielle au sens de l'article 173 (devenu 230 CE) du traité, dont la violation entraîne l'annulation de l'acte vicié, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un préjudice particulier dans le chef des requérants (§ 52).

⁹²⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, arrêt du 6 avril 2000, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2341, § 28.

⁹²⁶ On peut rencontrer en droit français une jurisprudence similaire. Ainsi, si la règle de la communication du dossier à un fonctionnaire avant le prononcé d'une décision constitue une formalité substantielle, la communication de celle-ci dans des conditions irrégulières n'entraîne pas l'annulation de la procédure dès lors que, compte tenu des dates auxquelles ont été commises ces irrégularités, il résulte qu'ils n'ont pu avoir aucune influence sur la décision finale (C.E., 3 décembre 1971, *Branger*, *Rec. Leb.*, p. 737, *A.J.D.A.*, 1972, 115, et C.E. 4 juillet 1952, *Decharme*, *Rec. Leb.* p. 362). Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine française. Voir en ce sens, J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, précité, p. 584 ; Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, précité, p. 495 ; Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, précité, p. 599).

n'est pas nécessaire de sanctionner la violation de la forme qui les protège. Ce qui signifie qu'une forme peut être considérée comme une formalité substantielle dans un arrêt, tandis qu'elle ne l'est pas dans un autre. Ainsi, dans l'affaire *F/Commission*⁹²⁷, la Cour a considéré que la tardivité de la transmission au requérant des comptes-rendus de l'audition des témoins et des procès-verbaux d'un conseil disciplinaire, après la date où ce conseil a rendu son avis à son égard recommandant l'application d'une sanction disciplinaire, ne constitue pas une violation de formes substantielles. La Cour a constaté que le droit de défense n'avait pas été violé, car le vice de procédure allégué n'avait pas porté atteinte au caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil. Pour justifier son jugement, elle a rappelé que le caractère contradictoire d'une procédure exige que les requérants puissent prendre connaissance de tous les éléments de fait sur lesquels la décision a été basée et cela en temps utile afin de pouvoir présenter leurs observations. Si le statut du Conseil disciplinaire n'a pas précisé un délai dans lequel ces documents doivent être communiqués aux parties, l'essentiel est qu'ils leur soient communiqués en temps utile. En l'occurrence, le requérant avait eu connaissance du contenu de ces documents en écoutant l'enregistrement de l'audition, de sorte que le retard dans la communication des documents en cause n'avait privé le requérant d'aucune occasion de présenter des observations utiles lors de la procédure disciplinaire.

Dans le même sens, on relève que la Cour n'a pas admis qu'une notation ayant eu lieu avec un retard sur le délai prévu par le guide de la notation, puisse vicier la décision finale adoptant ce rapport et en constituer une forme substantielle, parce que ce retard n'était pas préjudiciable au requérant et n'avait pas affecté son droit de défense⁹²⁸.

Dans ses conclusions sous l'affaire *DSM NV et DSM Kunststoffen BV*, en matière d'accès aux dossiers administratifs, l'avocat général Mischo explique clairement la jurisprudence de la Cour : « *l'accès au dossier n'est pas une fin en soi, mais vise à permettre aux entreprises d'exercer de façon effective leurs droits de la défense. Il s'ensuit logiquement que, lorsqu'une*

⁹²⁷ C.J.C.E., arrêt du 29 janvier 1985, *F/Commission*, c-228/83, *Rec.* 1985, p. 275.

⁹²⁸ C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1985, *Mariette Turner/Commission*, c-263/83, *Rec.* 1985, p. 893. Voir également pour la même jurisprudence, C.J.C.E., arrêt du 14 novembre 1985, *Texas Instruments/Hauptzollamt München-Mitte*, c-227/84, *Rec.* 1985, p. 3639.

irrégularité dans l'accès au dossier n'a pas eu d'effet sur l'exercice desdits droits, elle ne saurait entraîner l'annulation de la décision attaquée »⁹²⁹.

Cette jurisprudence n'est pas uniquement prescrite dans le cadre des formes qui protègent les droits de la défense : elle couvre toute forme non-impérative prévue par le droit communautaire. Ainsi, dans l'affaire *Distillers Company*⁹³⁰, ayant pour objet une décision de la Commission interdisant une entente conclue par la requérante avec une autre société, la requérante avait fait valoir que le comité consultatif en matière d'ententes et de monopole, n'avait pas été régulièrement consulté par la Commission avant l'adoption de l'acte (une procédure visée à l'article 10 du règlement n° 17/62⁹³¹). Le comité n'avait pas, en effet, disposé du procès-verbal de l'audition de la requérante devant la Commission ni de certains documents produits par cette dernière pendant la procédure préalable à l'adoption de la décision litigieuse. La requérante prétendait que ces irrégularités étaient substantielles. Cependant, la Cour, sans parler de formes substantielles mais bien « d'irrégularités de procédure » constata qu'elle n'était tenue d'examiner ces allégations que s'il était établi qu'en l'absence de ces irrégularités, la procédure administrative avait pu aboutir à un résultat différent.

⁹²⁹ Conclusions de l'avocat général sous l'affaire *DSM NV et DSM Kunststoffen BV/Commission*, arrêt du 15 octobre 2002, c-244/99, *Rec.* 2002, p. 8375. Dans ses conclusions sous l'affaire *Cementir-Cementerie del Tirreno/Commission*, l'avocat général a été plus précis en affirmant que « *La consultation du dossier est un outil supplémentaire au service des droits de la défense. Il ne s'agit pas d'une fin en soi. Les garanties formelles que comporte la procédure, juridictionnelle ou administrative, s'expliquent en fonction de ce but, qui n'est autre que de garantir la protection effective des droits et intérêts légitimes de tout un chacun. Toute lacune dans la procédure ou les règles de forme est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques si les moyens de défense s'en trouvent diminués. En d'autres termes, la notion d'impossibilité de se défendre est une notion matérielle, de sorte que, si nombreuses soient-elles, les failles de la procédure sont dénuées de pertinence lorsque l'intéressé disposait malgré tout des moyens adéquats de se défendre* » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Cementir-Cementerie del Tirreno/Commission*, affaires jointes c-204/00, c-205/00, c-211/00, c-213/00, c-217/00 et c-219/00, *Rec.* 2004, p.123).

⁹³⁰ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1980, *Distillers/Commission*, c-30/78, *Rec.* 1980, p. 2229.

⁹³¹ J.O.C.E., n° L 13 du 21 février 1962, p. 204-211.

Egalement, dans l'arrêt *Van Landewyck*⁹³², la Cour a considéré que le fait que la Commission, avant de constater une infraction à l'article 81 CE, a peut-être divulgué, durant la procédure préalable à cette décision, des informations confidentielles à un tiers en violation de l'article 20/1 du règlement 17/62, n'aurait justifié l'annulation que si la décision attaquée avait pu avoir un contenu différent ; la Cour a relevé, dans le cas d'espèce, que ces informations n'avaient pas fourni à ce tiers des arguments susceptibles d'avoir une influence sur le contenu de la décision en cause⁹³³.

En revanche, cette évaluation n'est pas appliquée dans le cas où la formalité est protégée par une procédure particulière obligatoire. L'omission d'ouvrir une telle procédure constitue alors une violation de formes substantielles, indépendamment de la question de savoir si l'omission de l'ouverture de cette procédure a pu influencer le contenu de la décision. L'illustration principale de cette hypothèse est la procédure prévue par l'article 88/2 CE, permettant aux intéressés de présenter leurs griefs devant la Commission avant l'adoption d'une décision sur la compatibilité d'une aide d'Etat avec le droit communautaire. Il est constant que l'omission de l'ouverture de cette procédure constitue une violation de forme substantielle sans qu'il faille examiner si la décision de la Commission pouvait être influencée ou non par l'absence de cette procédure⁹³⁴.

La même jurisprudence est également adoptée en matière de décisions de suspension, de suppression ou de réduction du concours du Fonds social européen. En vertu de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 2950/83, lorsque le concours financier du FSE n'est pas utilisé dans les conditions fixées par la décision d'agrément de la demande de financement, la Commission ne peut suspendre, réduire ou supprimer ce concours qu'après avoir donné à

⁹³² C.J.C.E., arrêt du 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, c-209/78 à 215/78 et 218/78, *Rec.* 1980, p. 3125.

⁹³³ Voir également, l'arrêt de la Cour du 14 février 1985, *Instruments/Hauptzollamt München-Mitte*, c-227/84, *Rec.* 1985, p. 3639, et T.P.I., arrêt 11 décembre 1996, *Comafrika SpA et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, t-70/94, *Rec.* 1996, p. II-1741.

⁹³⁴ C.J.C.E., arrêts du 20 mars 1984, *Allemagne/Commission*, c-84/82, *Rec.* 1984, p. 1451, § 13. Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 3 mai 2001, *Portugal/Commission*, c-204/97, *Rec.* 2001, p. 3175.

l'État membre concerné l'occasion de présenter ses observations. Dans l'affaire *Socurte*⁹³⁵, le Tribunal a précisé que la possibilité pour l'État membre concerné de présenter ses observations préalablement à l'adoption d'une décision définitive de réduction constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité des décisions en question⁹³⁶. Cette procédure doit être ouverte dans le cas prévu par l'article 6 ; le droit d'audition ne peut être remplacé par d'autres procédures semblables⁹³⁷.

Ainsi, à partir des arrêts précédentes, on peut soutenir que l'influence de l'omission de la forme sur le contenu de l'acte pour attribuer le caractère substantiel à celle-ci n'est exigée par la Cour que dans le cas où les dispositions qui ont prescrit ces formes ne sont pas impératives, comme c'est le cas de la plupart des formes relatives à la protection des droits de la défense⁹³⁸. Pour les autres formes, l'inobservation constitue une violation d'une forme substantielle sans qu'il y ait besoin de chercher si le contenu de l'acte a été influencé, comme le cas de la procédure de consultation.

4. Les limites au pouvoir du juge communautaire

Il faut enfin constater qu'en dépit de l'absence des règles de droit définissant les formes substantielles, la Cour n'est pas libre d'attribuer le caractère substantiel à n'importe quelle formalité. Elle est limitée, en effet, par deux principes fondamentaux. Le premier, est celui de la légalité des formes, qui implique que la formalité soit prescrite par le droit communautaire,

⁹³⁵ T.P.I., arrêt du 7 mars 1995, *Socurte e.a./Commission*, t-432/93, *Rec.* 1995, p. 503.

⁹³⁶ Voir en ce sens, arrêts de la Cour du 4 juin 1992, *Infortec/Commission*, c-157/90, *Rec.* 1992, p. 3525, et du 25 mai 1993, *Foyer culturel du Sart-Tilman/Commission*, c-199/91, *Rec.* 1993, p. 2667, et arrêt du Tribunal du 6 décembre 1994, *Lisrestal e.a./Commission*, t-450/93, *Rec.* 1994, p. 1177.

⁹³⁷ Dans le cas d'espèce, le Tribunal a refusé que cette procédure soit remplacée par des entretiens entre le ministre portugais et le vice-président de la Commission (arrêt précité, § 75).

⁹³⁸ C.J.C.E., arrêt du 29 janvier 1985, *F./Commission*, c-228/83, *Rec.* 1985, p. 275. Il est constant que « le principe du respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être assuré dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci, même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause » (T.P.I., arrêt du 10 juillet 1997, *Gaspari/Parlement*, t-36/96, *Rec.* 1997, p. II-595).

primaire ou dérivé. Partant, dans l'affaire *Andreas Reinarz*, la Cour a refusé de considérer qu'est constitutive d'une violation de forme substantielle, la négligence de la Commission de mentionner dans sa décision qu'elle a pris connaissance de certains arrêts de la Cour pertinents pour l'objet de la décision. Selon la Cour, la seule obligation qui incombe à la Commission, en vertu des textes du droit communautaire, est de se conformer à ces arrêts⁹³⁹.

Le deuxième principe, c'est le principe de non-équivalence. La Cour ne s'autorise pas à appliquer le principe de l'équivalence dans le domaine de la détermination des formes substantielles. Dans l'affaire *Société des aciéries du Temple*, la Cour a expressément constaté qu'une disposition qui prévoit des conditions de formes substantielles pour la validité de certaines décisions, ne pourra pas s'étendre à d'autres types de décisions⁹⁴⁰. Le cas d'espèce concernait l'application de l'article 53 b) du traité C.E.C.A., qui stipulait que la Haute Autorité peut, sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité, instituer elle-même des mécanismes financiers répondant aux mêmes fins. La requérante demandait l'annulation de la décision de la Haute Autorité, lui infligeant le paiement d'une contribution complémentaire de péréquation dans le cadre du mécanisme de péréquation de la ferraille importée. Son recours était basé principalement sur le fait que la Haute Autorité n'avait pas requis l'avis du Conseil avant l'adoption de cette décision. La Cour a rejeté cet argument au motif que l'application de l'article 53 b) ne s'étend pas au cas d'espèce : « *il résulte de l'article 53 b), du traité, que l'avis conforme du Conseil n'était nécessaire que si l'introduction des intérêts créditeurs et de la contribution supplémentaire litigieuse affectaient ou modifiaient les éléments qui se trouvent à la base de l'institution du mécanisme financier de la péréquation des ferrailles importées ; attendu qu'un système d'intérêts créditeurs, établi en vue de compenser l'échelonnement dans le temps des immobilisations de fonds auxquelles ont dû faire face les entreprises assujetties, apparaît comme une condition nécessaire pour éviter que ces entreprises ne subissent un préjudice injustifié du fait du retard des autres entreprises dans leurs versements ; que ce système, qui ne modifie pas les éléments constitutifs du*

⁹³⁹ C.J.C.E., arrêt du 12 mai 1971, *Reinarz/Commission*, c-55/70, *Rec.* 1971, p. 379. Voir en ce sens, en matière de l'obligation de motivation, arrêt de la Cour du 7 juin 1972, *Georg Brandau/Conseil*, c-46/71, *Rec.* 1972, p. 373.

⁹⁴⁰ C.J.C.E., arrêt du 13 juillet 1965, *Société des aciéries du Temple/Haute Autorité*, c-39/64, *Rec.* 1965, p. 937. Voir en ce sens, C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1965, *Macchiorlati Dalmas e Figli/Haute Autorité*, c-21/64, *Rec.* 1965, p. 227).

*mécanisme financier de la péréquation, a été adopté pour permettre à celui-ci de fonctionner correctement et d'atteindre les objectifs approuvés par le Conseil ; que, dès lors, son introduction ne nécessitait pas l'avis préalable du Conseil au sens de l'article 53 b) du traité »*⁹⁴¹.

§ 2. L'incidence de la nature du vice de forme sur la détermination des formes considérées comme substantielles

En principe, la violation d'une forme substantielle peut consister en un vice de forme ou un vice de procédure. Le vice de forme concerne l'*instrumentum*, tandis que le vice de procédure concerne le *negotium*⁹⁴². Il y a vice de forme lorsqu'il y a omission complète ou partielle d'une formalité à laquelle un acte administratif est assujéti par la loi. Le vice de procédure est constitué par la méconnaissance d'une des règles organisant la procédure d'élaboration des décisions qui sont destinées à éclairer l'autorité compétente, ainsi que dans certains cas, à garantir de plus le respect des droits et intérêts des administrés⁹⁴³.

La distinction entre vice de procédure et de forme trouve son origine en droit français, où les vices de procédure sont généralement considérés comme des formalités substantielles, sauf s'il est établi que l'irrégularité a été sans influence sur les garanties accordées aux

⁹⁴¹ *Id.*, p. 953.

⁹⁴² Christian Debouy, *précité*, p. 49.

⁹⁴³ Selon J.-M. Auby, les vices de forme sont ceux qui concernent uniquement l'acte lui-même en tant qu'*instrumentum*, tandis que les vices de procédure concernent les formalités précédant l'acte mais ayant une incidence directe sur sa légalité (*précité*, p. 583). Selon Georges Vedel, le vice de forme intéresse la teneur même de l'acte attaqué, tandis que le vice de procédure serait relatif à la procédure selon laquelle l'acte a été adopté (Georges Vedel, Pierre Devolvé, *Droit administratif*, *précité*, p. 785). En revanche, certains auteurs français n'ont pas établi la distinction entre vice de forme et vice de procédure tel Laferrière. Le vice de forme comprend, selon Laferrière, le vice de procédure et le vice de forme à la fois. Il définit le vice de forme comme celui qui consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et les règlements (E. Laferrière, *précité*, p. 495. Voir dans le même sens, Gaston Jèze, « Les formes en droit administratif français », *R.D.P.*, 1922, p. 503-524).

administrés⁹⁴⁴. Au contraire, les formalités de pure forme ne sont substantielles que lorsque la loi en impose l'accomplissement à peine de nullité. Ceci est justifié en droit français, par le fait que le contenu des décisions n'est susceptible d'être influencé que par l'existence d'un vice affectant la procédure de leur adoption. Le vice de forme, en tant qu'il concerne la présentation extérieure de l'acte, n'est pas apte, de par sa nature, à influencer le contenu de cet acte⁹⁴⁵.

Cette distinction n'est pas inconnue du droit communautaire. Les juges communautaires ont eu l'occasion de l'évoquer, et cela dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 230 du traité CE⁹⁴⁶. Cependant, il faut reconnaître que cette distinction n'est pas totalement claire car le juge communautaire n'y consacre aucun développement particulier. Il n'est dès lors pas aisé de déterminer la réelle signification qu'il entend leur donner. Le juge s'est contenté simplement de qualifier, dans chaque cas, l'irrégularité invoquée, comme étant constitutive d'un vice de forme ou de procédure⁹⁴⁷. Il n'est pas possible, à partir de cette jurisprudence, de dégager une ligne de conduite constante de la Cour, conforme aux définitions principales du vice de forme et de procédure, car cette distinction n'est pas systématique. Il arrive souvent qu'un vice qui est relatif à la procédure de l'adoption de l'acte soit considéré par la Cour comme un vice de forme. Ainsi, dans l'affaire *Mariette Turner*⁹⁴⁸, la Cour a considéré que le

⁹⁴⁴ Ce constat est adopté par la majorité de la doctrine française. Ainsi, selon J.-M. Auby, la distinction entre formalité substantielle et non substantielle peut correspondre à la différence entre vice de procédure et vice de forme. Le vice de procédure est fréquemment un vice substantiel tant qu'on n'a pas prouvé qu'il n'a pas d'effet sur la légalité de l'acte. Les vices de forme sont fréquemment, au contraire, des formes non substantielles, sauf si on prouve le contraire (J.-M. Auby et R. Drago, *précité*, p. 584 ; René Chapus, *précité*, p. 1222). Cependant, si Vedel reconnaît que le Conseil d'Etat reconnaît plus souvent au vice de procédure un caractère substantiel, il n'en reste moins, selon lui, que cette distinction ne doit pas être imposée au niveau théorique, car ceci créerait une division en deux catégories nouvelles de la notion traditionnelle du vice de forme qui n'est pas justifiée, car il y a des vices de procédure qui ne sont pas substantiels (Georges Vedel, Pierre Devolvé, *précité*, p. 785).

⁹⁴⁵ J.-M. Auby et R. Drago, *précité*, p. 585.

⁹⁴⁶ La Cour emploie fréquemment la formule : « vice de forme et de procédure » (C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1970, *Buchler & Co./Commission*, c-44/69, *Rec.* 1970, p. 733).

⁹⁴⁷ Il est constant par exemple que le droit d'être entendu dans les procédures d'élaboration des décisions communautaires constitue un vice de procédure substantiel (C.J.C.E., arrêts du 21 mars 1985, *Turner/Commission*, c-263/83, *Rec.* 1985, p. 893, et du 13 décembre 2001, *Commission/Irlande*, c-372/00, *Rec.* 2001, p. 10303), et que le défaut de motivation constitue un vice de forme (C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, *République italienne/Conseil*, c-120/99, *Rec.* 2001, p. 7997).

⁹⁴⁸ C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1985, *Mariette Turner/Commission*, c-263/83, *Rec.* 1985, p. 893.

défaut de consultation constitue un vice de forme, en dépit du fait que la consultation est un élément essentiel de la procédure de l'élaboration de la décision dont le non-accomplissement n'affecte pas uniquement l'aspect extérieur de la décision.

Les avocats généraux ne paraissent pas non plus attentifs à apporter une réponse à cette question. Ils se contentent de reconnaître tacitement l'existence de la distinction entre les deux types de vice, en employant des terminologies différentes à l'égard de chacun, mais sans apporter aucune illustration, ou une explication démonstrative de ce qui peut distinguer l'un de l'autre. A titre d'exemple, dans ses conclusions sous l'affaire *Industrie des poudres sphériques* M. l'avocat général Cosmas a constaté que : « *Il résulte d'une jurisprudence constante que, lorsque la Cour annule des actes communautaires pour vice de forme ou de procédure (tel que le défaut de motivation ou de consultation des institutions compétentes ou d'audition des parties), ...* »⁹⁴⁹.

Dans ces conditions, il serait difficile de prétendre que la Cour de justice établit une distinction entre vice de forme et de procédure au regard du caractère substantiel de la forme. La Cour de justice ne distingue, en général, qu'entre le simple vice de forme⁹⁵⁰ et le vice de forme substantiel⁹⁵¹. Le fait que le vice est relatif à la procédure n'implique pas, selon la Cour, qu'il soit automatiquement traité comme un vice de forme substantiel. Il est manifeste que certains vices qui sont considérés par la Cour comme étant des vices de forme, comme le défaut d'authentification ou de motivation, constituent des vices de formes substantielles.

En réalité, dans son appréciation du caractère substantiel d'un vice, la Cour ne cherche qu'à savoir si le défaut de la forme peut influencer la validité de l'acte, en fonction de son

⁹⁴⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Industrie des poudres sphériques/Conseil*, arrêt du 3 octobre 2000, c-458/98, *Rec.* 2000, p. 8147, § 64.

⁹⁵⁰ La Cour emploie parfois le terme « vice purement formel ». Voir précisément, C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco e.a.*, c-491/01, *Rec.* 2002, p. 11453.

⁹⁵¹ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, *Italie/Haute Autorité*, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73.

importance fondamentale pour la protection des garanties procédurales au sein de l'ordre juridique communautaire. Rien dans la jurisprudence de la Cour ne permet de constater qu'elle prend en considération, lors de l'attribution du caractère substantiel à une forme, le fait que cette dernière soit de pure forme ou relative à la procédure de l'élaboration de l'acte. D'ailleurs, il n'est pas vrai que la plupart des vices de forme substantiels relevés par la Cour soient des vices de procédure ; une partie importante est, en effet, constituée par des vices de forme.

§ 3. Les formes substantielles et leur caractère d'ordre public

Dès le début, la jurisprudence de la Cour de justice est en ce sens que la violation d'une forme substantielle doit être soulevée d'office par le juge communautaire, car elle constitue un moyen d'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *République italienne/Haute Autorité*, la Cour a décidé que le moyen relatif au défaut de consultation du Comité consultatif devrait être examiné d'office parce que « *s'il était reconnu fondé, une annulation d'office pour cause de violation du traité ou des formes substantielles serait justifiée* »⁹⁵². Dans cette affaire, la Cour a bien établi la distinction entre vice de forme substantiel et simple vice de forme au regard de l'ordre public communautaire. Après avoir soulevé d'office le moyen relatif au défaut de consultation, elle a rejeté le moyen relatif à l'insuffisance de motivation comme irrecevable dès lors qu'il était présenté tardivement, car, selon la Cour, c'était un simple vice de forme dont *l'ordre public n'exige pas un examen d'office*⁹⁵³.

⁹⁵² C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, *République italienne/Haute Autorité*, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73, sp, p. 99. Voir en ce qui concerne le même principe, dans le cadre de l'application du traité C.E.E., arrêts de la Cour du 7 mai 1991, *Interhôtel/Commission*, c-291/89, *Rec.* 1991, p. 2283 et du 7 mai 1991, *Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA./Commission*, c-304/89, *Rec.* 1991, p. 2283, et ordonnance du 4 décembre 1957, *Nold KG/Haute Autorité*, c-18/57, *Rec.* 1957, p. 233.

⁹⁵³ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, *République italienne/Haute Autorité*, *précité*, p. 100.

Ce constat ne pouvant être réservé au cas d'espèce, il s'ensuit de la jurisprudence de la Cour, qu'en général, celle-ci peut examiner d'office la violation de toutes formes substantielles⁹⁵⁴. Cette règle ne connaît pas d'exception : il n'existe pas en effet, en droit communautaire, des formes substantielles dont la violation ne pourrait engendrer un moyen d'ordre public.

Le moyen relatif au défaut de formes substantielles peut être également soulevé par les parties après l'expiration des délais d'instance et pour la première fois devant la Cour statuant en pourvoi⁹⁵⁵. Cependant, il faut constater que le pouvoir des parties au litige d'invoquer un tel moyen d'ordre public est limité par la nécessité de l'existence d'un intérêt à agir dans leur chef. Une partie ne peut former un recours en annulation contre un acte communautaire ou invoquer une exception d'illégalité à son encontre, fondée sur la violation des formes substantielles, sans être directement et individuellement concernée par cet acte⁹⁵⁶. On ne peut pas se prévaloir de l'importance du principe que protègent ces formes pour écarter la mise en oeuvre des règles de recevabilité. Ce principe a été constaté par la Cour à l'occasion de l'ordonnance *Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France*⁹⁵⁷. En l'espèce, un pourvoi avait été formé contre la décision du Tribunal de première instance déclarant irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, le recours en annulation formé par le requérant contre un règlement du Conseil. Le pourvoi était principalement fondé sur le fait que l'acte litigieux était vicié par un vice de forme substantielle consistant dans le défaut de consultation du Parlement et que ceci n'avait pas été examiné d'office par le Tribunal. Devant la Cour de justice, le requérant avait soutenu que la gravité de l'atteinte portée par le Conseil

⁹⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1991, Oliveira/Commission, c-304/89, *Rec.* 1991, p. 2283.

⁹⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 9 janvier 2003, Petrotub SA et Republica SA/Conseil, c-76/00, *Rec.* 2003 p. 79. Dans cette affaire, la Cour a examiné un moyen relatif au défaut de motivation invoqué pour la première fois en pourvoi « *Contrairement à ce que soutiennent le Conseil et la Commission, un tel moyen a uniquement trait au fond, si bien que la circonstance qu'il a été déclaré irrecevable en première instance n'est aucunement susceptible d'affecter la recevabilité, au stade du pourvoi, d'un moyen tiré d'une erreur de droit relative à la portée de l'obligation de motivation* » § 30.

⁹⁵⁶ Ce principe n'est que l'application d'une règle générale — sur laquelle nous reviendrons dans la troisième partie de cette étude — qui implique que l'irrecevabilité du recours empêche son examen au fond. Cette règle est applicable à toute fin de non-recevoir d'ordre public, comme les délais de recours, l'incompétence juridictionnelle de la Cour, etc....

⁹⁵⁷ C.J.C.E., ordonnance du 10 mai 2001, Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France/Conseil, c-345/00, *Rec.* 2001, p. 3811. Voir pour le même principe : arrêt de la Cour du 9 janvier 2003, Petrotub/Conseil, c-76/00, *Rec.* 2003, p. 79.

au fonctionnement démocratique des institutions en raison du défaut de consultation du Parlement, alors que l'évolution politique actuelle de la Communauté consacre une place primordiale au développement de la notion de citoyenneté européenne et à la démocratisation des institutions, conduisait à la nécessité de réparer en premier lieu cette atteinte. Par conséquent, le Tribunal aurait dû soulever d'office, et indépendamment de l'examen de la recevabilité de leur recours, le moyen tiré de la violation par le Conseil de cette forme substantielle. La Cour a sèchement rejeté cet argument en précisant que : *« Le critère qui subordonne la recevabilité d'un recours introduit par une personne physique ou morale contre une décision d'une institution communautaire dont elle n'est pas le destinataire à la condition qu'elle soit directement et individuellement concernée par cette décision, fixé à l'article 230, quatrième alinéa, CE, constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que les juridictions communautaires peuvent à tout moment examiner, même d'office. La gravité du prétendu manquement de l'institution concernée ou l'importance de l'atteinte qui en découlerait quant au respect des droits fondamentaux ne permettraient pas, en tout état de cause, d'écarter l'application des critères de recevabilité fixés expressément par le traité. Par ailleurs, si l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, constitue une garantie fondamentale accordée par le traité, notamment aux entreprises et aux associations d'entreprises auxquelles il s'applique, cette constatation ne saurait être interprétée comme ouvrant une voie de droit à toute personne physique ou morale qui considère qu'un acte d'une institution communautaire a été adopté en contradiction avec le principe de l'équilibre institutionnel, indépendamment de la question de savoir si cette personne est directement et individuellement concernée par l'acte en cause ».*

Il faut enfin observer que les formes substantielles ne sont pas l'application d'un formalisme rigoureux insignifiant imposé aux institutions communautaires, mais elles ont acquis leur caractère d'ordre public en fonction de l'importance pour l'ordre juridique communautaire des règles fondamentales qu'elles protègent. Ceci est bien fondé sur l'importance que la Cour accorde aux règles relatives à la formation de la décision en droit communautaire qu'elle tient à les protéger contre toute ingérence extérieure : *« les règles relatives à la formation de la*

*volonté des institutions communautaires sont établies par le traité et elles ne sont à la disposition ni des États membres ni des institutions elles-mêmes »*⁹⁵⁸.

Le respect de ces formes constitue une garantie nécessaire à la stabilité de l'ordre juridique et à la sécurité juridique des sujets auxquels s'imposent les actes des institutions communautaires, ainsi qu'au maintien d'un système juridique qui repose sur la hiérarchisation des normes. Ces formes garantissent le respect tout à la fois des principes de légalité, de sécurité juridique et de bonne administration⁹⁵⁹. Leur violation enfreint la légalité communautaire objective plutôt que les intérêts subjectifs d'une partie.

L'étude des différentes formes substantielles de l'acte communautaire et de leur caractère d'ordre public fera l'objet de ce chapitre. Cependant, l'exposition de ces formes suivra un classement différent de celui adopté par la majorité de la doctrine, mais qui est plus proche de la nature de chacun de ces formes. Nous diviserons le chapitre en deux sections : la première sera consacrée aux formes substantielles relatives à l'aspect extérieur de l'acte communautaire. Dans la deuxième section, on étudiera les formes substantielles affectant la procédure d'élaboration de l'acte.

⁹⁵⁸ C.J.C.E., arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 855, § 38.

⁹⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 5 décembre 1963, Lemmerz/Haute Autorité, c-53/63 et 54/63, *Rec.* 1963, p. 487.

SECTION 1. LA VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES RELATIVES A L'ASPECT EXTERIEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

Sous-section 1. Le défaut de motivation

La motivation se définit comme étant la formulation des motifs qui sont à la base de la décision de l'acte administratif. Elle constitue une règle fondamentale de la plupart des systèmes juridiques démocratiques, et une pierre angulaire de la Communauté de droit européenne. L'obligation de motivation constitue, selon la majorité des auteurs, le corollaire du droit à un recours juridictionnel effectif⁹⁶⁰. Elle permet de vérifier si les circonstances de fait justifiant l'adoption de l'acte sont réunies et si les faits ont été correctement qualifiés en droit. La motivation sert également à découvrir si les pouvoirs conférés par la norme juridique d'habilitation ont été exercés dans le respect de leur finalité et de l'intérêt général sans détournement de pouvoir⁹⁶¹.

Dès lors, la Cour de justice n'a pas eu tort lorsqu'elle a inclus la motivation de l'acte communautaire parmi les garanties procédurales conférées aux sujets du droit communautaire : *« dans le cas où la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation, afin d'être en mesure de remplir ses fonctions, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figurent, notamment, l'obligation, pour l'institution compétente, d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce, le droit de l'intéressé de faire connaître son point de vue ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante »*⁹⁶².

⁹⁶⁰ F. Schockweiler, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *C.D.E.*, 1989, p. 3-39, sp, p. 33.

⁹⁶¹ Luis Miguel Pais Antunes, « La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence », in *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 275.

⁹⁶² C.J.C.E., arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universität München, c-269/90, *Rec.* 1991, p. 5469.

Dans cette section, il s'agira d'examiner le caractère d'ordre public du moyen tiré du défaut de motivation des actes communautaires (§ 2). Mais afin de mieux comprendre le fondement de ce caractère d'ordre public, il est nécessaire d'en étudier préalablement l'essence de ce moyen en droit communautaire (§ 1^{er}).

§ 1^{er}. La motivation de l'acte communautaire

A) L'obligation de motivation

A la différence de la plupart des droits des Etats membres, le traité édicte l'obligation de motivation dans le traité comme une règle générale⁹⁶³. En vertu de l'article 253 du traité CE, la motivation est imposée pour tout acte adopté par les institutions communautaires à l'exception des avis et des recommandations émis par ces dernières : « *Les règlements, les directives et les décisions adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission sont motivés et visent les propositions ou avis obligatoirement recueillis en exécution du présent traité* ». Selon certains auteurs, l'introduction de cette obligation dans le traité lui confère une nature quasi-constitutionnelle qui s'impose à tous les actes communautaires⁹⁶⁴.

A côté de l'obligation générale de motivation édictée par l'article 253, il existe d'autres dispositions spécifiques du traité CE imposant cette obligation dans certains domaines particuliers. Ainsi, en vertu de l'article 85 du traité CE, si la Commission constate qu'il y a eu

⁹⁶³ Christian Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », *C.D.E.*, 1977, p. 50. Cependant, il faut constater que le droit communautaire n'a pas vraiment innové en instaurant cette obligation, puisque la motivation des actes administratifs est adoptée dans la plupart des droits des Etats membres. Le droit communautaire se distingue uniquement par rapport à certains pays membres en ce qu'il rend cette motivation obligatoire.

⁹⁶⁴ Jürgen Schwarze, *précité*, p. 1472.

une infraction au principe de la concurrence loyale, elle propose les moyens propres à y mettre fin. S'il n'est pas mis fin à l'infraction, la Commission est obligée de constater cette infraction par une décision motivée⁹⁶⁵.

L'obligation de motivation est également incluse dans certaines dispositions spécifiques du droit dérivé qui sont édictées sur la base de l'article 253 du traité CE, à l'exemple de l'article 25 du statut des fonctionnaires européens qui impose aux institutions communautaires de motiver tout acte faisant grief à l'un de leurs fonctionnaires⁹⁶⁶.

Il convient cependant d'observer que l'obligation qui incombe aux institutions communautaires de motiver leurs actes, n'est pas l'invention du traité de Rome. Le premier traité, le traité C.E.C.A., incluait déjà cette obligation parmi ses dispositions. En vertu de son article 15 : « les décisions, recommandations et avis de la Haute autorité sont motivés ».

B) Le contenu de l'obligation

C'est là une question qui, en l'absence de réglementation, a été totalement résolue par le juge communautaire. La motivation d'un acte communautaire doit fournir, selon la Cour, les indications indispensables pour établir la réunion des circonstances de fait et de droit conditionnant son adoption⁹⁶⁷. En d'autres termes, elle doit établir les faits pertinents retenus pour servir de fondement matériel de l'acte et préciser le raisonnement qui a mené à la

⁹⁶⁵ Dans ce cadre, seuls les actes juridiques clôturant la procédure en matière d'entente sont, contrairement aux mesures préparatoires, soumis à l'obligation de motivation (C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, c-60/81, *Rec.* 1981, p. 2639).

⁹⁶⁶ Il faudra remarquer que l'article 25 du statut n'impose pas de conditions relatives à la nature de l'acte soumis à l'obligation de motivation, il suffit qu'il soit un acte faisant grief à un fonctionnaire. Dans ce contexte, la Cour a défini l'acte faisant grief comme étant toute mesure prise par l'administration investie du pouvoir de nomination, qui affecte la position administrative du fonctionnaire (C.J.C.E., arrêt du 28 mai 1980, Kuhner/Commission, c-33/79 et c-75/79, *Rec.* 1980, p. 1677). Ainsi, la Cour a décidé qu'une décision de nomination d'un autre fonctionnaire au lieu du requérant ne fait pas grief à ce dernier, sinon ceci reviendrait à obliger l'autorité investie de pouvoir de motiver le fait de n'avoir pas pris une autre décision (C.J.C.E., arrêt du 31 mai 1965, Rauch/Commission, c-16/64, *Rec.* 1965, p. 179).

⁹⁶⁷ C.J.C.E., arrêt du 26 mars 1987, Commission/Conseil, c-45/86, *Rec.* 1987, p. 1493.

qualification juridique de ces faits⁹⁶⁸. Le niveau de motivation exigé par le juge communautaire varie, par contre, en fonction de la nature de l'acte, de son contenu et de sa place dans l'ensemble de la réglementation⁹⁶⁹.

Dans l'affaire *Thon Rouge*⁹⁷⁰, la Cour a bien exposé son point de vue à l'égard des conditions exigées pour qu'une motivation soit jugée conforme au droit communautaire : « *La motivation exigée par l'article 190 du traité (devenu article 253 CE) doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait ou de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 253 du traité doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des*

⁹⁶⁸ F. Schockweiler, *précité*, p. 34.

⁹⁶⁹ Voir en ce sens, arrêts de la Cour du 15 avril 1997, *The Irish Farmers association*, c-22/94, *Rec.* 1997, p. 1809, et du 28 mai 1980, *Kuhner/Commission*, c-33/79 et 75/79, *Rec.* 1980, p. 1677. En vertu de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas nécessaire que la motivation soit rédigée d'une manière détaillée, mais il suffit souvent une motivation sommaire (C.J.C.E., arrêt du 1^{er} décembre 1965, *Schwarze/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, c-16/65, *Rec.* 1965, p. 1081). La Cour a également accepté une motivation d'un acte qui se réfère à une motivation d'un acte antérieur de la même institution, tant que la décision mise en cause n'est pas un ajustement de ces décisions antérieures et à condition qu'elle se renvoie expressément à l'autre décision (C.J.C.E., arrêt du 26 novembre 1975, *Groupeement des fabricants de papiers peints de Belgique/Commission*, c-73/74, *Rec.* 1975, p. 1491, § 31). L'institution n'est pas non plus tenue de préciser dans la motivation les procédures dont elle a suivi pour adopter l'acte, comme pour ce qui est du respect du principe de collégialité (C.J.C.E., arrêt du 9 octobre 2001, *Pays-Bas/Parlement et Conseil*, c-377/98, *Rec.* 2001, p. 7079). En revanche, dans certains cas, le juge communautaire exige une motivation plus particulière, comme le cas des concours successifs qui ont édicté des conditions d'admission formulées en termes identiques. La décision d'appréciation moins favorable qu'une autre émise à l'occasion d'un concours antécédent, doit justifier cette différence d'appréciation dans sa motivation (T.PI, arrêt du 13 décembre 1990, *José Maria Gonzalez Holguera/Parlement européen*, t-115/89, *Rec.* 1990, p. II-831, et arrêts de la Cour du 21 mars 1985, *De Santis/Cour des comptes*, c-108/84, *Rec.* 1985, p. 947, sp, p. 959, et du 5 avril 1979, *Kobor/Commission*, c-112/78, *Rec.* 1979, p. 1573, sp, p. 1578 et suiv., et du 12 juillet 1989, *Belardinelli/Cour de justice*, c-225/87, *Rec.* 1989, p. 2353). Voir également, en ce qui concerne les décisions du Conseil en matière d'autorisation d'ententes, C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, *Pays-Bas/Haute autorité*, c-66/63, *Rec.* 1964, p. 1052, § 1.

⁹⁷⁰ C.J.C.E., arrêt du 25 octobre 2001, *Italie/Conseil*, c-120/99, *Rec.* 2001, p. 7997.

règles juridiques régissant la matière concernée. Il en est ainsi d'autant plus lorsque les États membres ont été étroitement associés au processus d'élaboration de l'acte litigieux et connaissent donc les raisons qui sont à la base de cet acte »⁹⁷¹.

Néanmoins, l'appréciation par la Cour de l'existence d'une motivation conforme est plus libérale en matière d'actes individuels qu'en matière d'actes généraux. Si en matière d'actes généraux, la Cour tient à l'existence formelle d'une motivation, ce n'est pas le cas en matière d'actes individuels. La Cour peut ne pas y attacher d'importance s'il a été prouvé que l'intéressé a eu connaissance des motifs de l'acte par un moyen ou un autre⁹⁷². Ainsi, la Cour a décidé que le moyen relatif au défaut de motivation n'est pas fondé si la requérante a eu connaissance des motifs de l'acte en participant aux délibérations de la décision⁹⁷³.

Il faut enfin observer, s'agissant des concours de sélection des fonctionnaires européens, que cette obligation peut être sacrifiée au profit du respect du secret des travaux du jury. Ce principe a été institué, en matière de fonction publique, par l'article 6 de l'annexe III du statut en vue de garantir l'indépendance des jurys de concours et l'objectivité de leurs travaux. Cependant, ce principe ne saurait dispenser un jury de concours d'indiquer au moins sommairement au candidat écarté lors de la sélection sur titre, les raisons de cette décision⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ *Id.*, § 29.

⁹⁷² Voir en détail sur ce point partie III, chapitre VI, p. 501.

⁹⁷³ C.J.C.E., arrêt du 11 janvier 1973, Royaume des Pays-Bas/Commission, c-13/72, *Rec.* 1973, p. 27. Cependant, quant au contenu de la motivation, la situation est différente. Les conditions que doit remplir la motivation d'un acte de portée générale sont moins rigoureuses que celles qui sont exigées des décisions individuelles. Un acte général peut tenir des considérations générales sans donner une justification pour chaque disposition en détail (C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1957, Sociétés minières du bassin de la Ruhr/Haute Autorité, c-2/56, *Rec.* 1957, p. 9).

⁹⁷⁴ Voir en ce sens, arrêts du Tribunal du 19 février 2004, Spyridoula Konstantopoulou/Cour de justice, t-19/03 (non publié) et du 21 avril 2004, M/Cour de justice, t-172/01, (non publié), et ordonnance de la Cour du 8 avril 2003, Santiago Gómez-Reino/Commission, c-471/02, *Rec.* 2003, p. 3207. L'étendue de la motivation sommaire est contrôlée par la Cour, dans ce cadre, en fonction de la nature des travaux du jury en cause (C.J.C.E., arrêt du 4 juillet 1996, Parlement/Innamorati, c-254/95, *Rec.* 1996, p. 3423, § 24 et 25, et arrêt du Tribunal du 29 janvier 1998, Affatato/Commission, t-157/96, *Rec.* 1998, p. II-97, § 33).

La position de la Cour est, plus restrictive encore en matière de secret médical, dans le cadre du contentieux de la fonction publique. Selon la Cour, l'obligation de motivation doit se concilier avec les nécessités du secret médical qui font de chaque médecin le juge de la possibilité de communiquer aux personnes qu'il soigne ou examine, la nature des affections dont elles pourraient être atteintes⁹⁷⁵. Ainsi, dans l'affaire *Giuliano Gaspari*⁹⁷⁶, la Cour a ordonné l'annulation d'un arrêt du Tribunal de première instance par lequel celui-ci avait annulé la décision du Parlement concluant à l'irrégularité de l'absence d'un fonctionnaire à la suite d'une visite médicale de contrôle. La Cour a décidé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en estimant que la décision attaquée était entachée d'un vice de motivation ; elle s'est référée simplement à l'appréciation du médecin-contrôleur, selon laquelle le fonctionnaire était apte à reprendre le travail dès le lendemain de la visite. La Cour a constaté qu'il n'était pas nécessaire que l'institution joigne d'office à cette décision ou reproduise dans sa motivation le contenu des appréciations d'ordre médical portées par le médecin-contrôleur. En effet, de telles appréciations pouvant être couvertes par le secret médical ou des exigences de confidentialité, il incombe à l'intéressé lui-même ou à son médecin traitant de demander, le cas échéant, à l'institution de lui notifier lesdites appréciations.

C) La délimitation du champs d'application de l'obligation de la motivation

Partant du fait que l'obligation de motivation poursuit un objectif constitutionnel, le juge communautaire n'a imposé aucune restriction à l'étendue de cette obligation. La seule délimitation est établie par le traité en fonction des actes susceptibles de motivation obligatoire. En effet, en vertu du texte de l'article 253 du traité CE, ce sont uniquement les règlements, les directives et les décisions adoptées conjointement par le Parlement européen et le Conseil ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission, qui sont soumis à l'obligation de motivation. Ce qui implique que le moyen relatif au défaut de motivation d'un avis ou d'une recommandation d'une de ces institutions ne constitue pas un moyen

⁹⁷⁵ C.J.C.E., arrêt du 27 octobre 1977, *Moli/Commission*, c-121/76, *Rec.* 1977, p. 1971.

⁹⁷⁶ C.J.C.E., arrêt du 19 novembre 1998, *Parlement/Gaspari*, c-316/97, *Rec.* 1998, p. 7597.

d'ordre public, puisqu'il n'existe aucune obligation juridique découlant du traité qui obligerait les institutions communautaires à motiver de tels actes⁹⁷⁷.

L'absence de l'obligation de la motivation des avis et des recommandations se trouve principalement fondé sur le fait que lesdites actes ne constituent pas des actes soumis au contrôle de légalité de la Cour⁹⁷⁸. Ainsi, la finalité assignée à la motivation, celle de favoriser le contrôle juridictionnel de la légalité des actes communautaires et de protéger les droits de la défense des intéressés, ne se trouve pas menacée dans le cas où les avis et les recommandations ne sont pas motivés.

Certains auteurs estiment que la Cour, dans l'affaire *Société des usines à tubes de la Sarre*⁹⁷⁹, a exceptionnellement sanctionné le défaut de motivation d'un avis⁹⁸⁰. En l'occurrence, les faits de l'affaire doivent s'apprécier au regard du droit C.E.C.A, en matière de l'intervention de la Haute Autorité à l'appui du programme d'investissement dans l'industrie métallurgique sur la base de l'article 54 du traité CECA. La partie requérante, un producteur d'acier, avait reçu de la Haute Autorité une lettre qu'elle considérait comme un avis au sens de l'article 54. La Cour a décidé que la Haute Autorité avait effectivement eu l'intention d'émettre un avis au sens de cette disposition. Elle a cependant constaté que cet avis devait être motivé et le fait qu'il ne l'ait pas été, entraînait, selon la Cour, son inexistence.

Il convient de souligner que cet arrêt ne peut être considéré comme une exception à la règle qui exempte les avis de l'obligation de motivation, puisque l'arrêt a été prononcé dans le cadre du traité C.E.C.A, lequel n'établit pas de restrictions relatives à la nature de l'acte au

⁹⁷⁷ Il apparaît donc que les dispositions du traité CE. sont moins exigeantes que celles du traité CECA qui imposaient l'obligation de motivation pour tous les actes adoptés par la Haute autorité y compris les avis et les recommandations.

⁹⁷⁸ Ch. Hen, *précité*, p. 59.

⁹⁷⁹ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1957, Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité, c-1/57 et 14/57, *Rec.* 1957, p. 201.

⁹⁸⁰ Voir en ce sens, Ch. Hein, *précité*, p. 60.

regard de l'obligation de motivation⁹⁸¹. L'article 15 de ce traité disposait que « les décisions, recommandations et avis de la Haute Autorité sont motivés ». L'obligation de motivation d'un avis dans le cadre de l'application du traité CECA, ne fait aucun doute, même si la Cour ne s'est pas expressément prononcée sur ce point car il est certain qu'elle faisait aucune restriction à l'égard de l'acte soumis à l'obligation de motivation, dans ce cadre, à moins qu'il ne produise pas d'effets juridiques.

Néanmoins, nous estimons que si les avis ou les recommandations sont en principe exemptés de l'obligation de motivation dans le cadre du droit CE, on doit considérer que, dans le cas où ces actes peuvent faire grief ou produire certains effets juridiques à l'égard de leurs destinataires, leur défaut de motivation peut être sanctionné⁹⁸². Il est regrettable que la Cour n'ait pas expressément tranché cette question. Cependant, nous pouvons fonder notre opinion en nous référant à la jurisprudence de la Cour en matière de recevabilité du recours en annulation, en particulier des règles de compétence juridictionnelle de la Cour⁹⁸³. Selon cette jurisprudence, il ne faut pas s'arrêter à l'intitulé ou la forme de l'acte pour déclarer le recours recevable, mais plutôt de rechercher si l'acte attaqué produit ou non des effets juridiques: « *en excluant du recours en annulation ouvert aux Etat membres et aux institutions les seuls « recommandations ou avis » — dépourvus de tout effet obligatoire aux termes de l'article 189 (devenu 249 CE), alinéa final —, l'article 173 (devenu 230 CE) envisage comme actes susceptibles de recours toutes dispositions prises par les institutions visant à produire un effet juridique (...); le recours en annulation doit donc être ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit* »⁹⁸⁴. Si l'obligation de motivation tend à favoriser le contrôle juridictionnel de

⁹⁸¹ J. Mégret, Michel Waelbroeck et Jean-Victor Louis, *Le droit de la Communauté économique européenne, la Cour de Justice*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1983, T.I., p. 132.

⁹⁸² Notamment si on prend en considération le fait que les institutions communautaires utilisent parfois ces actes pour compléter des normes à caractère contraignant (Jean-Louis Clergerie, *Le renvoi préjudiciel*, précité, p. 73).

⁹⁸³ La recevabilité du recours en annulation est, en principe, régie par l'article 230 du traité CE, selon lequel : « La Cour de justice contrôle la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers ».

⁹⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1971, Commission/Conseil, c-22/70, *Rec.* 1971, p. 263. Dans cette affaire, la Cour a bien exprimé sa conception libérale à l'égard de la notion de l'acte en affirmant qu'il serait contraire à l'objectif

la légalité des actes communautaires, elle nous paraît couvrir tout acte soumis à ce contrôle, y compris les avis et les recommandations qui peuvent produire des effets juridiques⁹⁸⁵. L'exigence de motivation devrait être requise chaque fois qu'un acte émanant d'une institution communautaire touche aux intérêts des particuliers et vise à produire des effets juridiques, quelle que soit sa forme.

Nous avons constaté que la Cour établit parfois une distinction entre la notion d'acte soumis au contrôle de légalité et la notion d'acte soumis à l'obligation de motivation prévue par l'article 253 du traité CE. Ainsi, dans l'affaire *AETR*⁹⁸⁶, la Cour, après avoir constaté qu'une délibération du Conseil constituait un acte attaquant au sens de l'article 230 du traité CE en raison des effets de droit qu'elle produisait à l'égard des requérants⁹⁸⁷, a décidé que l'exigence de motivation formulée par l'article 253, ne saurait être étendue à un tel acte : « *attendu que ces exigences, formulées par l'article 190 (devenu 253 CE) au regard des règlements, directives, et décisions, ne sauraient être étendues à un acte de nature particulière tel que la délibération du 20 mars 1970* ». Toutefois, cet arrêt ne remet pas en cause ce que nous venons de constater, mais il nous faut être nuancé. Il apparaît, en effet, que cette jurisprudence est réservée aux cas où l'acte attaqué n'a pas la forme de l'un de ceux prévus par l'article 249 du traité CE, c'est-à-dire les règlements, directives, décisions, avis et recommandations. C'est uniquement dans ce cas qu'un acte qui produit des effets juridiques n'est pas soumis à l'obligation de motivation. Ce constat est déduit des termes employés par la Cour dans cette affaire : elle a décidé que cette délibération n'était pas soumise à l'obligation de motivation

du respect de la légalité d'interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visées par l'article 249 du traité CE. Voir également en ce sens C.J.C.E., arrêt du 5 décembre 1963, *Usines Emile Henriot e.a./Haute Autorité*, c-23/63, Rec. 1963, p. 441.

⁹⁸⁵ L'extension du champ d'application de l'obligation de motivation a été également réclamée par certains avocats généraux. Ainsi M. Gand, dans ses conclusions sous l'affaire *Schwarze*, estimait que « *Lorsque l'article 253 prévoit l'obligation de motiver, il pose une règle générale dont la portée doit être adaptée à la nature fort diverse des actes des institutions : actes réglementaires ou individuels, décisions relatives à la situation d'un fonctionnaire ou décisions prises dans le domaine de l'économie, autorisations de toutes sortes accordées aux Etats membres dans le cadre du traité* (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Schwarze/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, arrêt du 1^{er} décembre 1965, c-16/65, Rec. 1965, p. 1081, sp. p. 1099).

⁹⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, c-22/70, Rec. 1971, p. 263.

⁹⁸⁷ Dans le cas d'espèce, la Cour a considéré qu'une délibération du Conseil, qui a pour objet de fixer une ligne de conduite obligatoire pour les institutions comme pour les Etats membres, pour la négociation et la conclusion de l'accord européen relatif au travail des équipages de véhicules effectuant des transports internationaux par route, peut constituer un acte attaquant au sens de l'article 230 (*précité*, § 40).

parce qu'elle constitue un acte de nature particulière⁹⁸⁸. On doit ajouter que cette décision est unique. Elle n'a pas été postérieurement confirmée, ce qui limite sa portée au cas d'espèce.

Enfin, nous croyons devoir préciser que l'obligation de motivation ne peut s'étendre au moyen fondé sur une irrégularité dans les visas de l'acte. Les visas ne contiennent, en effet, que la référence aux textes généraux et aux dispositions du traité qui constituent la base de l'acte. Ils ne constituent pas un élément décisif de la motivation de l'acte communautaire. Ce constat a été fait par la Cour dans l'affaire *British American Tobacco*⁹⁸⁹. En l'occurrence, la Cour était saisie à titre préjudiciel pour statuer sur la validité de la directive 2001/37/CE⁹⁹⁰ et les requérants avaient principalement fondé leurs moyens d'invalidité sur le caractère inapproprié des articles 95 et 133 du traité CE en tant que base juridique de la directive. La Cour a jugé que l'article 95 constituait la seule base juridique appropriée et que c'était à tort que la directive mentionnait également l'article 133 comme base juridique. Toutefois, elle n'a pas sanctionné cette référence erronée à l'article 133 comme seconde base juridique de la directive : elle a considéré qu'une telle erreur dans les visas d'un acte communautaire ne constitue qu'un vice purement formel, sauf si elle entache d'irrégularité la procédure applicable à l'adoption de cet acte⁹⁹¹.

⁹⁸⁸ *Id.*, § 98.

⁹⁸⁹ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco e.a.*, c-491/01, *Rec.* 2002, p. 11453. Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, *Commission/Conseil*, c-165/87, *Rec.* 1988, p. 5545, § 19.

⁹⁹⁰ Directive 37/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac (J.O.C.E., n° L 194, du 18 juillet 2001, p. 26-35).

⁹⁹¹ L'erreur dans les visas peut fonder un autre moyen d'ordre public, relatif au choix de la base juridique, en raison des conséquences qu'il pourrait avoir sur l'irrégularité de la procédure de l'adoption de l'acte (voir C.J.C.E., arrêts du 25 février 1999, *Parlement/Conseil*, c-164/97, *Rec.* 1999, p. 1139 et du 20 avril 1999, *Nijhuis*, c-360/97, *Rec.* 1999, p. 1919).

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation de l'acte communautaire

A) Principe

La motivation des actes des institutions communautaires constitue un élément garantissant une exécution conforme au droit dans la Communauté⁹⁹². D'une part, cette obligation s'adresse également, au-delà du champ d'application administratif, au « législateur » communautaire⁹⁹³. D'autre part, le principe d'une motivation suffisamment précise, constitue, pour le juge communautaire, l'un des principes fondamentaux du droit communautaire, dont il lui incombe d'assurer le respect⁹⁹⁴.

Il est de jurisprudence constante que le moyen relatif au défaut de motivation obligatoire constitue, dans le contentieux de l'annulation, un moyen d'ordre public qui, lorsqu'il s'avère fondé, implique l'annulation de l'acte⁹⁹⁵. Partant, il incombe au juge communautaire de soulever un tel moyen d'office : « *l'examen de tels moyens pouvant donc avoir lieu à tout stade de la procédure...* »⁹⁹⁶, et ceci, quelle que soit la forme d'atteinte à cette obligation, que soit en cause un défaut ou une insuffisance de motivation : « *Le défaut ou une insuffisance de motivation, relève de la violation des formes substantielles* »⁹⁹⁷.

⁹⁹² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Bonu/Conseil*, arrêt du 28 février 1980, c-89/79, *Rec.* 1980, p. 553.

⁹⁹³ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Acciaiere ferriere e fonderie di Modena/Haute Autorité*, arrêt du 12 juillet 1962, c-16/61, *Rec.* 1962, p. 547, tiré de Jürgen Schwarze, *précité*, p. 1455.

⁹⁹⁴ T.P.I., arrêt du 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening/Commission*, t-61/89, *Rec.* 1992, p. II-1931, § 130.

⁹⁹⁵ C.J.C.E., arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, c-166/95, *Rec.* 1997, p. 983, § 24. Voir également, arrêts de la Cour du 4 février 1959, *Nold/Haute Autorité*, c-18/57, *Rec.* 1959, p. 91, et du 1^{er} juillet 1986, *Usinor/Commission*, c-185/85, *Rec.* 1986, p. 2079, sp. p. 2098, et du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval*, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719, et arrêts du Tribunal du 20 septembre 1990, *Hanning*, t-37/89, *Rec.* 1990, p. II-463, et du 12 juillet 2001, *UK Coal/Commission*, t-12/99, *Rec.* 2001, p. II-2153.

⁹⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 20 février 1997, *Commission/Daffix*, c-166/95, *Rec.* 1997, p. 983, § 25.

⁹⁹⁷ *Id.*, § 24. Dans le cas d'espèce, la Cour a refusé de considérer qu'un début de motivation puisse satisfaire à l'obligation de motivation imposée par le traité.

Il convient cependant d'observer que, dans le cas où c'est une insuffisance de motivation qui est alléguée, l'autorité du juge communautaire à l'égard de ce moyen se limite à le soulever d'office, sans pouvoir substituer des motifs distincts à la motivation litigieuse. Dans l'affaire *DIR International Film*, la Cour a été amenée à prendre position à cet égard, à l'occasion d'un pourvoi formé contre une décision du Tribunal de première instance ayant substitué sa propre motivation à celle qui avait été retenue par la Commission dans sa décision. La Cour a précisé que si le juge communautaire peut être amené à interpréter la motivation de l'acte attaqué d'une manière différente de son auteur⁹⁹⁸, voir même dans certaines circonstances à rejeter la motivation formelle retenue par celui-ci, il ne peut pas remplacer cette motivation par une autre, à peine de commettre une erreur de droit et de violer le principe d'équilibre institutionnel en remplaçant l'administration dans son appréciation⁹⁹⁹.

Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation des actes communautaires s'observe également dans le contentieux de la fonction publique européenne¹⁰⁰⁰. Dans ce cadre, il n'est pas cependant nécessairement fondé sur l'article 25 du statut. Il arrive que le juge communautaire attribue le caractère d'ordre public à certaines formes spéciales de motivation, prévues par d'autres articles du statut. Ainsi, dans l'affaire *Morina*¹⁰⁰¹, la Cour a considéré que l'obligation de motivation énoncée par l'article 5 de l'annexe III du statut selon lequel implique que le jury de concours doive motiver le rapport qu'il adresse à l'autorité investie du pouvoir de nomination et particulièrement préciser les

⁹⁹⁸ Même dans ce cas, il doit y avoir des éléments dans le dossier qui justifient la démarche d'interprétation de la motivation d'une manière différente de son auteur.

⁹⁹⁹ C.J.C.E., arrêt du 27 janvier 2000, *DIR International Film e.a./Commission*, c-164/98, *Rec.* 2000, p. 447, § 42. Voir pour un autre exemple de cette jurisprudence, l'affaire *General Motors/Commission*, arrêt du 13 novembre 1975, c-26/75, *Rec.* 1975, p. 1367. Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général a constaté qu'en matière de la concurrence loyale, si la Cour estime que l'infraction n'a pas été commise de propos délibéré, elle doit constater que la décision repose sur un motif erroné et en tirer la conséquence qui s'impose, c'est-à-dire procéder à l'annulation de l'amende. Elle ne peut aller plus avant et substituer la qualification de négligence à celle de propos délibéré sur laquelle la Commission a fondé sa décision, car elle est avant tout juge de la légalité. La Cour ne s'est pas expressément exprimée sur cette question, elle a tacitement suivi l'opinion de son avocat général en procédant à l'annulation de l'amende en cause.

¹⁰⁰⁰ Dans l'affaire *Gonzalez*, le Tribunal de première instance, a soulevé d'office le moyen tiré du défaut de motivation d'une décision du Parlement refusant l'admission du requérant à un concours pour une poste de conseiller linguistique au Parlement (T.P.I., arrêt du 13 décembre 1990, José Maria Gonzalez Holguera/Parlement européen, t-115/89, *Rec.* 1990, p. 831, § 37).

¹⁰⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1965, *Morina/Parlement*, c-21/65, *Rec.* 1965, p. 1279.

critères généraux retenus par le jury et l'application que celui-ci en a fait au candidat, est un élément essentiel de ce rapport et en constitue une forme substantielle¹⁰⁰².

Au contraire, le défaut de motivation des contrats de travail ne peut fonder, en principe, un moyen d'ordre public communautaire. La motivation desdits contrats n'est pas imposée par le droit communautaire à l'égard des intéressés. Une décision relative à l'attribution d'un contrat de travail ne doit être motivée ni à l'égard de la personne favorisée, parce qu'elle n'impose aucune charge, ni à l'égard du candidat évincé, parce qu'il n'était pas le destinataire de la décision¹⁰⁰³. Cependant, s'il s'agit d'une rupture d'un contrat de travail qui fait référence à l'article 25 du statut, il est constant que le moyen relatif au défaut de motivation d'un tel acte constitue un moyen d'ordre public¹⁰⁰⁴.

Le caractère d'ordre public de la motivation est absolu : l'institution ne peut invoquer aucune raison pour se soustraire à cette obligation. Dans l'affaire *Italie/Commission*¹⁰⁰⁵, en matière de concours d'admission de nouveaux fonctionnaires, la Cour a rejeté l'argument par lequel la Commission alléguait qu'elle avait été obligée de recourir à des motivations sommaires en raison du grand nombre des candidats. Tout en acceptant le principe de la motivation sommaire, la Cour n'a pas admis que ce prétexte puisse autoriser la Commission à ne donner à sa décision qu'une motivation sommaire qui ne contienne qu'un simple renvoi à une condition non remplie. Ceci n'est pas, selon la Cour, de nature à fournir à l'intéressée une indication suffisante pour savoir si le refus est bien fondé ou non, notamment lorsque, comme

¹⁰⁰² L'exigence d'un rapport motivé, selon la Cour, est destinée à permettre à l'autorité investie de pouvoir de nomination de faire un usage judicieux de sa liberté de choix, et permettre aux candidats la fixation préalable des critères d'appréciation ce qui tend à assurer que l'examen des titres soit effectué d'une manière objective et dépourvu d'arbitraire (*Id.*, p. 1289).

¹⁰⁰³ C.J.C.E., arrêt du 23 novembre 1978, Agence européenne d'interims SA/Commission, c-56/77, *Rec.* 1978, p. 2215.

¹⁰⁰⁴ T.P.I., arrêts du 27 juin 2002, Tralli/BCE, t-373/00, *Rec.* 2002, p.453, et du 18 octobre 2001, X/BCE, t-333/99, *Rec.* 2001, p. II-3021.

¹⁰⁰⁵ C.J.C.E., arrêt du 5 avril 1979, Italie/Commission, c-11/78, *Rec.* 1979, p. 1527.

dans le cas d'espèce, à l'occasion d'un ancien concours, elle avait obtenu une appréciation favorable de ses qualifications¹⁰⁰⁶.

Il convient enfin de signaler que le moyen relatif au défaut de motivation n'a pas été reconnu dans les premiers arrêts de la Cour comme un moyen d'ordre public. En 1954, lorsque la Cour fut amenée pour la première fois à se prononcer sur la nature de ce moyen, elle considéra, en suivant l'opinion de son avocat général, que le défaut de motivation ne constitue qu'un simple vice de forme que le juge peut soulever d'office lorsqu'il est présenté tardivement par le requérant : « *le moyen tiré d'une motivation insuffisante des décisions incriminées résultant de l'omission des avis contraires : ce moyen, basé sur un vice de forme, n'a été soulevé que dans la réplique. Pour cette raison, l'ordre public n'exigeant pas un examen d'office. La Cour d'accord avec l'avocat général, déclare le moyen irrecevable* »¹⁰⁰⁷. La Cour considère ainsi, que le défaut de motivation n'était pas constitutif d'un vice de forme substantiel de l'acte communautaire. Il faut rappeler à cet égard que la Cour, à l'époque, avait déjà reconnu la distinction entre vice de forme substantiel et simple vice de forme en se permettant uniquement de soulever d'office le premier¹⁰⁰⁸.

Il est clair que cette jurisprudence était principalement inspirée par le droit français¹⁰⁰⁹. La position de la Cour correspondait, en effet, à celle qui avait été adoptée par ce dernier à

¹⁰⁰⁶ Voir en ce sens, C.J.C.E., arrêt du 19 mars 1964, Raponi/Commission, c-27/63, *Rec.* 1964, p. 247.

¹⁰⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, République italienne/Haute Autorité, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73. sp. p. 100.

¹⁰⁰⁸ C.J.C.E., arrêt du 21 juillet 1954, France/Haute Autorité, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7. Dans cet arrêt, la Cour avait soulevé d'office une violation de forme substantielle relative à la non-consultation du comité consultatif par la Haute Autorité, avant l'adoption de la décision litigieuse.

¹⁰⁰⁹ Voir C.E., 1^{er} juillet 1959, Ministre des affaires économiques/Baudouin, *Rec. Leb.* p. 417 ; C.E., 7 juillet 1916, Levi, *Rec. Leb.* p. 279 ; C.E., 3 avril 1936, Pujo, S. 1936. III. 42. Cependant la jurisprudence française rendait la motivation obligatoire, exceptionnellement à l'époque, dans deux cas : 1) si la motivation est exigée par la loi (C.E., 16 novembre 1934, Société des ciments de la porte de France, *Rec. Leb.*, p. 1064) ; 2) si la motivation était imposée par la nature de chose, lorsque la motivation est pour le juge le seul moyen d'analyser la légalité des actes (C.E., 19 octobre 1934, Kervegand, *Rec. Leb.*, p. 935).

l'époque et qui refusait de considérer le moyen relatif au défaut de motivation comme ayant un caractère d'ordre public¹⁰¹⁰.

Cependant, cette jurisprudence n'ait pas une très longue vie, puisque, au début de l'année suivante, en 1955, dans l'affaire *Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité*, la Cour, incitée par son avocat général, considère la violation de l'obligation de motivation comme une violation de formes substantielles¹⁰¹¹. Néanmoins, la Cour n'aborda pas expressément la question du caractère d'ordre public du moyen tiré d'une telle violation, toutefois ceci était sans importance, puisque la Cour, dans l'affaire *Italie/Haute Autorité de 1954*¹⁰¹², avait reconnu à toute forme substantielle un caractère d'ordre public.

Ce revirement rapide de la jurisprudence nous conduit à nous interroger sur la raison qui était à la base de ce changement de position. Très délicate est la réponse à cette question, notamment si on prend en considération que la position du droit français, source d'inspiration de la Cour, n'avait pas changé à l'époque : la motivation était toujours, dans ce droit, non obligatoire¹⁰¹³. La seule justification à fournir, à notre avis, c'est que la Cour s'est rendu compte de l'erreur qu'elle a commise en s'inspirant du droit français, car, à la différence de ce dernier, le traité C.E.C.A imposait expressément une obligation de motivation aux actes

¹⁰¹⁰ Cette situation a été sévèrement contestée par plusieurs auteurs français, comme M. Gingembre qui déplorait que « l'une des formes les plus exaspérantes de l'arbitraire administratif, c'est le refus par l'administration de motiver ses décisions » (L. Gingembre, « Le syndicalisme patronal et l'administration », *Revue administrative*, 1949, p. 589).

¹⁰¹¹ C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1955, *Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité*, c-6/54, *Rec.* 1955, p. 201. Il faut constater que, ultérieurement à cet arrêt, la Cour est allée même jusqu'à constater, dans l'affaire *Société des usines à tubes de la Sarre*, que le vice de motivation peut provoquer l'inexistence de l'acte attaqué : « il apparaît que la motivation d'un avis est non seulement prescrite par les articles 5, 15 et 54 alinéa 4 du traité, mais qu'elle constitue un élément essentiel, voire constitutif d'un tel acte. De telle sorte que l'absence de motivation entraîne l'inexistence de l'acte » (C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 1957, *Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité*, c-1/57 et 14/57, *Rec.* 1957, p. 201).

¹⁰¹² C.J.C.E., arrêt du 21 juillet 1954, *France/Haute Autorité*, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7.

¹⁰¹³ Il faut noter que le gouvernement français a fini par rendre la motivation obligatoire par la loi n° 79-587 du 1^{er} juillet 1979, qui a fait de la motivation une condition obligatoire pour toutes les décisions individuelles, soit défavorables, ou dérogatoires. Cette loi prévoyait deux exceptions : la première concernant le cas d'urgence absolue qui dispense l'administration de l'obligation de motivation. La deuxième était relative aux décisions implicites si elles ne sont pas des décisions de rejet (Georges Vedel et Pierre Devolvé, *Droit administratif*, précité, p. 264).

communautaires qui découlait de l'article 15 de ce traité. Ce constat ressort clairement de la lecture approfondie des deux arrêts précédents et de leur comparaison. Il est manifeste que dans l'affaire *Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité*, la Cour, avant d'admettre le caractère de formalité substantielle attaché à la motivation, avait rappelé le principe que « *les dispositions générales des articles 5 et 15 du traité prescrivent à la Haute Autorité de motiver ses décisions et de rendre publics ses motifs* »¹⁰¹⁴. Ce qui signifie qu'elle a fondé le caractère d'ordre public de la motivation sur l'obligation impérative qui découle desdites articles. Par contre, la reconnaissance de l'impérativité de cette obligation ne figure nulle part dans l'arrêt *France/Haute Autorité* de 1954, de telle sorte que le fait de conclure au caractère non substantiel de la motivation de l'acte communautaire était le résultat d'un départ erroné du raisonnement de la Cour¹⁰¹⁵.

Ce n'est que plus tard, en 1959, dans l'affaire *Nold*¹⁰¹⁶ que la Cour a explicitement reconnu au moyen relatif au défaut de motivation la qualité d'un moyen d'ordre public. Dans cette affaire, la Cour, sur la base de l'article 15 du traité C.E.C.A, souleva d'office le moyen tiré d'un défaut de motivation de la décision de la Haute Autorité litigieuse. La Cour précisa qu'« *Un défaut éventuel de motivation qui entrave ce contrôle juridictionnel peut et doit être soulevé d'office par la Cour* »¹⁰¹⁷. L'importance de cet arrêt consiste également dans le fait que c'est le premier arrêt qui décide l'annulation de l'acte attaqué pour des motifs uniquement relatifs à l'insuffisance de motivation.

¹⁰¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1955, *Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité*, c-6/54, *Rec.* 1955, p. 201, sp, p. 219.

¹⁰¹⁵ Le fait que cette jurisprudence se situe dans le cadre de l'application du traité CECA, n'empêche pas qu'elle constitue une étape dans la démarche du développement historique de ce moyen, puisque, comme on vient de l'indiquer, l'obligation de motivation était impérative dans le droit de la C.E.C.A., comme dans le droit économique européen.

¹⁰¹⁶ C.J.C.E., arrêt du 4 février 1959, *Nold/Haute Autorité*, c-18/57, *Rec.* 1959, p. 91.

¹⁰¹⁷ *Id.* p. 115.

B) Le fondement du caractère d'ordre public de l'obligation de motivation

La Cour n'avait pas pris le soin, au début, de préciser les raisons qui l'avaient amenée à considérer que le défaut de motivation constitue une violation des formes substantielles, puisque, comme on vient de l'indiquer, la situation n'était pas complètement claire jusqu'en 1959. Ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire *Nold*, mentionnée ci-dessus, que la Cour a avancé les justifications d'un tel caractère d'ordre public : « *L'obligation de motiver ses décisions que l'article 15 du traité C.E.C.A a imposé à la Haute Autorité est prévue non seulement en faveur des justiciables, mais a aussi pour but de mettre la Cour en mesure d'exercer pleinement le contrôle juridictionnel que lui confie le traité* »¹⁰¹⁸. Il résulte de la jurisprudence postérieure à cet arrêt, que ces finalités ne sont pas propres à l'article 15 du traité CECA, mais qu'elles s'étendent en principe, à toute disposition incluse dans les traités constitutifs imposant l'obligation de motivation¹⁰¹⁹.

D'après la Cour, l'obligation de motivation répond donc à deux motifs fondamentaux :

1) Le premier, est le principe fondamental de la légalité des actes communautaires. En exigeant la motivation de l'acte, la Cour peut contrôler ces motifs et leur légalité. La motivation sert à cet égard de protection contre l'arbitraire¹⁰²⁰.

2) Le deuxième est le principe de la protection des droits de la défense des destinataires des actes communautaires. En effet, la motivation aide ces derniers, dès l'adoption de l'acte, à connaître les raisons qui l'ont provoqué, de telle façon qu'ils peuvent plus facilement le

¹⁰¹⁸ *Ibid*, p. 114.

¹⁰¹⁹ Voir, dans le cadre du droit de la CE arrêts de la Cour du 14 juillet 1963, République fédéral d'Allemagne/Commission, c-24/62, *Rec.* 1963, p. 135, sp. p. 143, et du 17 mars 1983, Control Data Belgium NV SA./Commission, c-294/81, *Rec.* 1983, p. 911, et du 26 mars 1987, Commission/Conseil, c-45/86, *Rec.* 1987, p. 1493.

¹⁰²⁰ Dans ses conclusions sous l'affaire *Nold*, M. Lagrange explicite bien ce but : « *s'agissant d'un contrôle de légalité, exercé normalement par le moyen d'un recours en annulation, qui limite les pouvoirs du juge et implique un partage de compétence, comme de responsabilité, entre ce juge et l'exécutif, selon des frontières souvent délicates à tracer, il est indispensable que la décision fasse clairement apparaître tous les éléments de fait qui doivent permettre au juge de vérifier si elle a été légalement prise* » (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Nold/Haute Autorité*, arrêt du 15 juillet 1960, c-40/59, *Rec.* 1960, p. 857, sp. p. 911).

contester. En d'autres termes, elle donne aux Etats membres, aux institutions et aux personnes intéressées, l'occasion de mieux évaluer, sur base d'une connaissance précise de la situation en fait et en droit, les moyens d'assurer leur protection juridique¹⁰²¹.

On notera que la Cour de justice attachait à la finalité du contrôle juridictionnel, au début de sa jurisprudence, une importance primordiale quand elle liait le caractère d'ordre public de la motivation à l'effet négatif que son défaut pouvait avoir sur le contrôle juridictionnel des actes communautaires : « *un défaut éventuel de motivation qui entrave ce contrôle juridictionnel peut et doit être relevé d'office par la Cour* »¹⁰²². Cependant, au fur et au mesure du développement, le souci de la protection des droits de la défense s'est accru au point de devenir un fondement de l'obligation de motivation aussi important que le souci du respect du contrôle juridictionnel : « *Le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale. Parmi ces garanties figure notamment, (...) le droit de l'intéressé (...) de voir motiver la décision de façon suffisante* »¹⁰²³.

On peut soutenir que de nos jours, le caractère d'ordre public de la motivation est principalement fondé sur son importance pour la protection des droits de la défense des administrés plutôt sur l'efficacité du contrôle juridictionnel des actes communautaires. Dans la mesure où la motivation fait défaut à l'acte, le juge peut toujours contrôler « sa légalité », en demandant à l'institution qui l'a adoptée de lui expliquer, pendant l'instance judiciaire, ses motifs. Le défaut de motivation ne soustrait pas l'administration, en effet, à l'obligation d'expliquer les motifs de l'acte devant le juge, de telle sorte que le contrôle de la « légalité » de l'acte ne se trouve pas affecté : « *l'efficacité du contrôle juridictionnel, qui doit porter sur la légalité des motifs de la décision attaquée, implique, de manière générale, que le juge saisi*

¹⁰²¹ Jürgen Schwarze, *Droit administratif Européen*, précité, p. 1473.

¹⁰²² C.J.C.E., arrêt du 4 février 1959, Nold/Haute Autorité, c-18/57, *Rec.* 1959, p. 91, sp. p. 115.

¹⁰²³ C.J.C.E., arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universitaet Muenche, c-269/90, *Rec.* 1991, p. 5469, § 14.

puisse exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs »¹⁰²⁴. Les explications fournies par l'administration durant l'instance ne peuvent, en revanche, d'une manière ou d'une autre, régulariser la violation des droits de la défense des intéressés¹⁰²⁵. C'est pourquoi la protection de ces droits constitue, à notre avis, le but principal le juge communautaire a voulu réaliser en portant la motivation au rang des principes d'ordre public communautaire.

Plusieurs arrêts de la Cour, rendus dans le cadre du recours en annulation, reflètent bien ce constat. En effet, dans la majorité de ses arrêts, la Cour, pour se décider sur la conformité d'une motivation litigieuse au droit communautaire, n'examine que si les destinataires de l'acte ont pu vraiment prendre connaissance des motifs de l'acte, sans aborder la question de savoir si le défaut ou l'insuffisance des motifs a pu entraver le contrôle juridictionnel. A titre d'exemple, il est constant que le moyen relatif au défaut de motivation n'est pas fondé, lorsqu'il a été prouvé que les parties ont eu connaissance des motifs de la décision en participant à sa procédure d'adoption¹⁰²⁶.

Il convient enfin d'observer que certains avocats généraux ont conféré à la motivation un autre but, celui d'informer l'opinion publique et de permettre au Parlement de contrôler l'action des institutions communautaires et la manière dont les organes dynamiques s'acquittent leur tâche¹⁰²⁷. Cependant, ce but est rarement souligné par la Cour de justice, comme dans l'affaire *Allemagne/Commission*, où la Cour a ajouté aux deux finalités qu'on vient d'exposer, le droit de tout « ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans

¹⁰²⁴ C.J.C.E., arrêt 15 octobre 1987, Heylens, c-222/86, *Rec.* 1987, p. 4097. Si cet arrêt n'a pas été rendu dans le cadre du contentieux de l'annulation, mais à l'occasion d'une question préjudicielle relative à la validité des décisions nationales portant atteinte à un droit fondamental conféré par le traité aux travailleurs de la Communauté et que l'apport déduit de cet arrêt s'adresse donc principalement au juge national, il n'en reste pas moins que le même principe peut être appliqué par le juge communautaire.

¹⁰²⁵ Pour une exception à cette règle voir *infra*, partie III, chapitre IV, p.501.

¹⁰²⁶ C.J.C.E., arrêt du 11 janvier 1973, Royaume des Pays-Bas/Commission, c-13/72. *Rec.* 1973, p. 27. Voir en ce sens, arrêts de la Cour du 21 mars 2002, Espagne/Commission, c-130/99, *Rec.* 2002, p. 3005 et du 18 mai 2000, Belgique/Commission, c-242/97, *Rec.* 2000, p. 3421, et du 27 février 2003, Santex, c-327/00, *Rec.* 2003, p. 1877, et du 8 mars 1988, Sergio/Commission, c-64/86, 71/86, 72/86, 73/86 et 78/86, *Rec.* 1988, p. 1399.

¹⁰²⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a./Haute Autorité*, arrêt du 15 juillet 1960, c-36/59, *Rec.* 1960, p. 857, tiré de Ch. Hein, *précité*, p. 54.

lesquelles la Commission a fait application du traité »¹⁰²⁸. A notre avis, cette finalité est assignée à la motivation d'une manière subsidiaire, et ne constitue pas l'objectif propre de l'obligation de motivation. La Cour ne la mentionne pas fréquemment dans ses arrêts. Elle ne saurait donc constituer un véritable fondement au caractère d'ordre public de la motivation¹⁰²⁹.

La protection des droits de la défense des administrés se trouve principalement, à notre avis, à la base de l'attribution du caractère substantiel à l'obligation de motivation. Toutes les autres raisons que nous venons d'avancer sont prises en compte par la Cour, mais elles ne sont pas la raison principale du statut privilégié de cette forme.

C) La délimitation du caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation

Une délimitation doit être établie à propos du caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation. En effet, le moyen d'ordre public est limité au défaut ou à l'insuffisance de motivation : le point de savoir si la conception qu'elle exprime est correcte en droit et si les motifs qui la composent sont ou non, matériellement exacts ne relève pas du moyen de violation des formes substantielles mais de la légalité interne de l'acte qui n'est pas d'ordre public¹⁰³⁰. La motivation se distingue des motifs qui sont constitués par les raisons de fait et de droit qui fondent la décision. La motivation de l'acte n'exprime pas forcément ses

¹⁰²⁸ C.J.C.E., arrêt du 4 juillet 1963, Allemagne/Commission, c-24/62, *Rec.* 1963, p. 129, sp. p. 143. Voir également, arrêt de la Cour du 27 janvier 2000, DIR International Film/Commission, c-164/98, *Rec.* 2000, p. 447.

¹⁰²⁹ On pourra quand même ajouter que, selon certains auteurs, la motivation est destinée à servir les intérêts de l'autorité elle-même en lui permettant de s'assurer que la décision a été prise après un examen attentif de tous les éléments de fait et de droit pouvant entrer en considération afin de préciser sa propre position (F. Schockweiler, *précité*, p. 33). La motivation obligatoire peut aussi avoir une utilité fonctionnelle en contribuant à diminuer le nombre de litiges : elle pourrait avoir un effet dissuasif sur le requérant en le persuadant qu'un recours est inutile.

¹⁰³⁰ Jean Boulouis et R.-M. Chevalier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991, T. I, p. 316, et Luis Miguel Pais Antunes, « La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence », *précité*, p. 277, Voir en ce sens C.J.C.E., arrêts du 8 février 1966, Acciaierie e Ferriere Pugliese/Haute Autorité, c-8/65, *Rec.* 1966, p. 1, et du 14 juillet 1972, BASF/Commission, c-49/69, *Rec.* 1972, p. 713.

motifs¹⁰³¹. Le moyen relatif au l'irrégularité de motifs n'est donc pas, selon la Cour, un moyen d'ordre public et ne peut être soulevé d'office par le juge communautaire car il relève de la légalité interne de l'acte communautaire¹⁰³².

La Cour a exposé sa position dans l'affaire *Florimex*¹⁰³³ : « la violation de l'article 253 du traité et l'erreur manifeste d'appréciation constituent deux moyens distincts susceptibles d'être invoqués dans le cadre du recours prévu à l'article 173 du traité. Le premier, qui vise un défaut ou une insuffisance de motivation, relève de la violation des formes substantielles, au sens de cette disposition, et constitue un moyen d'ordre public qui doit être soulevé par le juge communautaire. En revanche, le second, qui porte sur la légalité au fond de la décision litigieuse, relève de la violation d'une règle de droit relative à l'application du traité, au sens du même article 173, et ne peut être examiné par le juge communautaire que s'il est invoqué par le requérant »¹⁰³⁴.

*

* *

La Cour a donc entouré l'obligation de motivation d'une protection rigoureuse compte tenu de son importance fondamentale dans le droit administratif européen. Elle n'a permis aucune

¹⁰³¹ Georges Vedel et Pierre Devolvé, *Droit administratif*, précité, p. 262.

¹⁰³² René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 163.

¹⁰³³ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 2000, *VBA/Florimex e.a.*, c-265/97, *Rec.* 2000, p. 2061.

¹⁰³⁴ *Id.*, § 114. Voir également pour la même jurisprudence, C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval*, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719, et arrêts du Tribunal du 29 juin 1993, *Asia Motor France e.a./Commission*, t-7/92, *Rec.* 1993, p. II-669, et du 24 janvier 1992, *La Cinq/Commission*, t-44/90, *Rec.* 1992, p. II-1. Cette distinction apparaît également dans les conclusions des avocats généraux. Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *Italie/Commission*, M. Lagrange a considéré que l'insuffisance de motivation constitue un « vice de forme », tandis que le contrôle des motifs, comme en droit français, relève de la « violation de la loi ». Selon cet avocat général, le moyen relatif au défaut de motifs implique qu'il faut rechercher si, malgré l'inexactitude matérielle des motifs de la décision, elle n'en demeure pas moins légalement justifiée (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Italie/Commission*, arrêt du 17 juillet 1963, c-13/63, *Rec.* 1963, p. 337, sp. p. 374). Voir en ce sens, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/V*, qui faisait à son tour une différence entre la motivation et la validité de la motivation (les motifs) en qualifiant la première de pure forme et l'autre de question matérielle (Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/V*, arrêt du 20 novembre 1997, c-188/96, *Rec.* 1997, p. 6561).

dérogação à cette obligation. Elle l'a également privilégiée en l'élevant au rang des règles d'ordre public, sans aucune atténuation. L'exclusion du moyen relatif au l'irrégularité de motifs de l'acte ne constitue pas, en effet, une vrai atténuation au caractère d'ordre public de la motivation, car le contrôle des motifs de l'acte dépasse les objectifs observés par l'obligation de motivation.

Toutefois, le contrôle effectué par le juge n'est pas toujours rigide ; une certaine flexibilité est admise par le juge communautaire, comme on va l'étudier plus loin¹⁰³⁵, en élargissant les possibilités de régularisation.

¹⁰³⁵ Voir *infra*, partie III, Chapitre IV.

Sous-section 2. Le défaut d'authentification des actes communautaires

§ 1^{er}. L'authentification des actes communautaires

En principe, les actes du droit communautaire dérivé ne peuvent produire d'effets que s'ils ont été dûment authentifiés par l'apposition de la date et des signatures requises. La signature de l'acte administratif est une condition de sa régularité formelle ; elle a pour but d'en établir l'origine et d'en certifier le contenu. En apposant sa signature, *l'auteur de l'acte s'approprie, en principe, le contenu de l'écrit, en atteste la sincérité et en assume la responsabilité*¹⁰³⁶. La Cour a ainsi décidé que « *l'élément intellectuel et l'élément formel constituant un tout indissociable, la mise en forme écrite de l'acte est l'expression nécessaire de la volonté de l'autorité qui l'adopte* »¹⁰³⁷.

Cette obligation d'authentification ne repose pas sur un texte communautaire général, pourtant, elle se présente comme une obligation générale du fait qu'elle a été incluse dans tous les règlements intérieurs des institutions communautaires comme une condition de validité de leurs actes. Ainsi, en vertu de l'article 18, premier alinéa, du règlement intérieur de la Commission : « *Les actes adoptés en réunion sont joints de façon indissociable, dans la ou les langues dans lesquelles ils font foi, à une note récapitulative établie dès la fin de la réunion de la Commission au cours de laquelle ils ont été adoptés. Ces actes sont authentifiés par les signatures du président et du secrétaire général, apposées à la dernière page de la note récapitulative* »¹⁰³⁸. Également, selon l'article 15 du règlement intérieur du Conseil, les

¹⁰³⁶ F. Bellanger, « Authenticité et sincérité des actes administratifs », *R.D.P.*, 1968, p. 543. cité par René Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 199. Selon cet auteur, la nécessité de signature est logique dans un droit contemporain, caractérisé par la primauté de l'écrit.

¹⁰³⁷ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, Commission/BASF e.a., c-137/92, *Rec.* 1994, p. 2555.

¹⁰³⁸ Il faut cependant constater que l'authentification d'une décision adoptée en réunion par le collège des membres de la Commission ne requiert pas l'apposition des signatures du président et du secrétaire général de la

actes adoptés doivent être signés par le président du Conseil et le secrétaire général. Les actes adoptés conjointement par le Conseil et le Parlement, doivent, en vertu de l'article 254 du traité CE, être signés par le président du Parlement. On peut également rencontrer cette obligation dans les règlements intérieurs de certains organes communautaires. Ainsi, en vertu de l'article 30 du règlement intérieur du comité du Fonds européen de développement, les rapports, les avis, les observations et les déclarations adoptés par ce comité sont authentifiés par la signature des onze versions linguistiques de ces actes par le président du comité.

L'authentification doit être effectuée dans les formes et les limites prévues par le droit communautaire. Manifester sa volonté d'agir d'une manière autre que prévue par le droit communautaire ne peut constituer une authentification valide¹⁰³⁹.

L'authentification des actes des institutions communautaires doit être également effectuée avant leur notification. Cette obligation ressort du texte de l'article 18 du règlement intérieur de la Commission, dont l'intention claire est que l'authentification précède l'adjonction des actes au procès-verbal des réunions de la Commission et leur notification¹⁰⁴⁰. Dans l'affaire *Solvay*, la Cour a confirmé expressément cette règle en annulant une décision de la Commission parce que cette dernière ne l'avait pas authentifiée avant la notification : « *Il est à tout le moins indispensable que l'authentification précède la notification, à défaut de quoi il existerait toujours un risque que le texte notifié ne soit pas identique au texte adopté par la Commission* »¹⁰⁴¹.

Commission sur la décision elle-même, mais sur le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle cet acte a été adopté (arrêt du Tribunal du 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger/Commission*, t-43/92, *Rec.* 1994, p. II-441).

¹⁰³⁹ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, c-137/92, *Rec.* 1994, p. 2555, § 77.

¹⁰⁴⁰ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, arrêt du 6 avril 2000, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2341. Selon l'avocat général, *c'est la seule interprétation qui serait compatible avec le deuxième alinéa de l'article 256 CE, qui prévoyait que l'autorité désignée par l'Etat membre doit apposer la formule exécutoire sur les décisions de la Commission qui imposent une obligation pécuniaire « sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre ». A moins que l'authentification de ces décisions ait lieu dans chaque cas, il existe au moins formellement un danger qu'elles ne puissent pas être exécutées, et l'intention claire de l'article 192 était que l'authentification soit systématique (§ 41).*

¹⁰⁴¹ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, *Commission/Solvay*, c-287/95, *Rec.* 2000, p. 2391. Voir en ce sens, arrêt du Tribunal du 29 juin 1995, *ICI/Commission*, t-37/91, *Rec.* 1995, p. II-1901, § 88, et arrêt de la Cour du 30 janvier 2002, *République italienne/Commission*, c-107/99, *Rec.* 2002, p. 1091.

Le défaut d'authentification implique l'annulation de l'acte communautaire vicié, sans qu'il soit besoin d'établir que son contenu a été modifié par la suite ou que le régime linguistique n'a pas été respecté¹⁰⁴². Toutefois, le juge communautaire n'est pas allé très loin en ce qui concerne la sanction du défaut d'authentification : il a refusé d'en induire l'inexistence de l'acte. Il a ainsi considéré que le défaut d'authentification ne constitue pas un vice très grave qui justifie la déclaration de l'inexistence de l'acte communautaire¹⁰⁴³.

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification

A) Principe

L'authentification appartient à la catégorie des règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires. Ces règles ne doivent pas être laissées à la discrétion ni des Etats membres, ni des institutions communautaires¹⁰⁴⁴. C'est pourquoi l'authentification de l'acte communautaire est considérée comme une formalité substantielle et son absence peut constituer un moyen d'ordre public. Dans l'affaire *Solvay*, la Cour a décidé que « *L'authentification des actes est une forme substantielle au sens de l'article 173 du traité (devenu 230), essentielle à la sécurité juridique, dont la violation entraîne l'annulation*

¹⁰⁴² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, arrêt du 8 juillet 1999, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4287, sp, p. 4311. Cependant, il faut constater que le défaut d'authentification des actes qui ont été pris par voie d'habilitation, n'entame pas leur annulation, puisque l'authentification de tels actes n'est pas obligatoire (T.P.I., arrêt du 27 avril 1995, Association des amidonneries de céréales de la CE/Commission, t-442/93, *Rec.* 1995, p. 1326, et arrêt du 14 mai 1998, Finnish Board Mills Association-Finnboard/Commission, t-338/94, *Rec.* 1998, p. 1617).

¹⁰⁴³ Voir C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Hoechst/Commission, c-227/92, *Rec.* 1999, p. 4443. Dans cette affaire, la Cour a précisé que : « *l'absence d'authentification d'une décision, conformément à l'article 12 du règlement intérieur de la Commission, peut conduire à l'annulation de la décision contestée et non à son inexistence* » (§ 91).

¹⁰⁴⁴ C.J.C.E., arrêt du 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 855. Voir en ce sens, l'arrêt du Tribunal *BASF/Commission*, précitée. Dans cette affaire, le Tribunal a distingué entre les dispositions du règlement intérieur d'une institution dont la violation ne peut être invoquée par les personnes physiques et morales, parce que ces dispositions ne concernent que les modalités de fonctionnement interne de l'institution, et ne sont pas susceptibles d'affecter leur situation juridique, et celles dont la violation peut, au contraire, être invoquée, dès lors qu'elles sont créatrices de droits et facteur de sécurité juridique pour ces personnes, comme l'authentification. Seules ces dernières peuvent relever de l'ordre public communautaire (T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF/Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. 315, § 78).

de l'acte vicié »¹⁰⁴⁵. Ceci implique que le juge communautaire peut « soulever d'office le moyen tiré de la violation d'une forme substantielle consistant en un défaut d'authentification régulière et d'annuler, en conséquence, l'acte entaché d'un tel vice »¹⁰⁴⁶.

La protection de l'authentification est absolue. Son défaut constitue une violation de formes substantielles sans qu'il soit nécessaire d'établir la preuve de l'existence d'un préjudice particulier dans le chef des destinataires de l'acte vicié¹⁰⁴⁷, ou que l'acte soit affecté d'un autre vice de forme¹⁰⁴⁸. Elle est, également, indépendante de la question de savoir si les textes adoptés, notifiés et publiés présentent des divergences et, dans l'affirmative, si ces dernières revêtent ou non un caractère essentiel¹⁰⁴⁹.

Le moyen d'ordre public relatif au défaut d'authentification n'est toutefois considéré comme tel que dans le cas où la signature qui fait défaut est celle de la personne désignée par le texte communautaire ou par la personne déléguée¹⁰⁵⁰. La non-apposition de la signature d'une personne autre que celle prévue par le texte communautaire ne constitue pas une violation de l'obligation d'authentification et par conséquent ne peut fonder un moyen d'ordre public.

¹⁰⁴⁵ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, Commission/Solvay, c-287/95, *Rec.* 2000, p. 2391, § 45.

¹⁰⁴⁶ *Id.*, § 44.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, § 52. Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 30 janvier 2002, République italienne/Commission, c-107/99, *Rec.* 2002, p. 1091.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem.*, § 46. Dans cette affaire, la Commission a commis une confusion entre la notion de vice substantiel et l'effet que la loi attache à l'existence de ce vice, soutenant que la Cour ne devait considérer le défaut d'authentification comme un vice substantiel que lorsqu'il est combiné avec d'autres vices plus graves, et ceci en se basant sur les arrêts *PVC*, dans lesquels la Cour avait refusé de constater l'inexistence d'un acte vicié uniquement par un défaut d'authentification. En réalité, dans les affaires *PVC*, la Cour de justice a refusé de considérer que le vice d'authentification puisse seul suffire à établir l'inexistence de l'acte, sans toute fois lui denier son caractère substantiel, qui peut, quant à lui, aboutir à une annulation. Il existe en effet une différence entre l'inexistence et la nullité. Le vice de forme substantiel, seul, ne peut qu'aboutir à l'annulation de l'acte, car l'inexistence de l'acte nécessite l'existence d'autres vices plus graves. Pour de plus amples illustrations, voir les arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission*, c-245/92, *Rec.* 1999, p. 4643, et du 8 juillet 1999, *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4287.

¹⁰⁴⁹ T.P.I., arrêt du 29 juin 1995, *ICI/Commission*, t-37/91, *Rec.* 1995, p. II-1901.

¹⁰⁵⁰ Voir en ce sens C.J.C.E., arrêt du 17 octobre 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commission*, c-8/72, *Rec.* 1972, p. 977.

B) Le fondement du caractère d'ordre public de l'authentification

Il est manifeste que le caractère d'ordre public de la procédure d'authentification repose en droit communautaire sur le rôle qu'elle joue comme facteur essentiel de la sécurité juridique et de la stabilité des situations juridiques dans l'ordre normatif communautaire. Elle garantit l'intangibilité de l'acte adopté, qui ne peut être modifié ou abrogé que dans le respect de ces obligations. Elle permet aux sujets du droit communautaire, qu'il s'agisse des personnes physiques ou morales, des Etats membres ou des autres institutions communautaires, de connaître avec certitude et à tout moment, l'étendue exacte de leurs droits ou de leurs obligations et les raisons pour lesquelles l'institution communautaire a adopté une décision à leur égard¹⁰⁵¹. Un tel formalisme est strictement nécessaire au maintien d'un système juridique, il garantit le respect tout à la fois des principes de légalité, de sécurité juridique et de bonne administration¹⁰⁵².

Dans l'affaire *Basf*, le Tribunal a fortement souligné cette fonction essentielle de la procédure d'authentification dans le système juridique communautaire en précisant que l'inexistence d'une telle procédure aurait pour effet de créer un système essentiellement précaire, dans lequel la désignation des sujets auxquels s'imposent les actes des institutions, l'étendue de leurs droits et obligations et l'auteur des actes ne pourraient être connus qu'avec une approximation relative qui serait de nature à remettre en cause l'exercice même du contrôle juridictionnel¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF/Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. 315. Dans le but de réaliser une protection plus complète de la sécurité juridique, la Cour a incité l'auteur de l'acte communautaire à ne pas tarder à l'authentifier : « *Il importe en effet, dans le but de garantir la sécurité juridique, de veiller à ce que les textes adoptés par la Commission soient authentifiés dans un délai bref, après que le président et le secrétaire exécutif, auxquels incombe la responsabilité de l'authentification, se sont assurés que le texte qu'ils authentifient correspond à celui qui a été adopté* ». (C.J.C.E., Commission/Solvay, c-286/95, *Rec.* 2000, p. 2391).

¹⁰⁵² C.J.C.E., arrêts du 5 décembre 1963, Lemmerz/Haute Autorité, c-53/63 et 54/63, *Rec.* 1963, p. 487, et du 5 décembre 1962, Usines Emile Henriot/Haute Autorité, c-23/63, 24/63 et 52/63, *Rec.* 1962, p. 439.

¹⁰⁵³ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, BASF/Commission, t-79/89, *Rec.* 1992, p. 315, § 76.

En effet, la signature caractérise le fait de la volonté de l'auteur de l'acte. En apposant sa signature, l'institution communautaire manifeste de façon expresse son assentiment. De plus, elle permet d'établir une présomption selon laquelle le signataire se considère comme l'auteur de l'acte¹⁰⁵⁴.

Ce constat vaut pour les actes généraux comme pour les actes individuels. Les actes généraux ne pourront servir comme fondement à des mesures d'application si leur texte n'a pas été authentifié. L'authentification empêche également l'institution de porter modification à l'acte général autrement que dans les limites prévues par le droit¹⁰⁵⁵.

C) Etendue du caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification

Le défaut d'authentification constitue un moyen d'ordre public, quelle que soit l'institution à l'origine de l'acte communautaire. Si la totalité des cas où la Cour a souligné le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification concernant des actes adoptés par la Commission, ceci n'empêche pas de déduire que ce caractère s'étend à tout moyen relatif à la violation de l'obligation d'authentification, chaque fois que cette dernière a été rendue obligatoire par un texte communautaire. Les termes généraux employés par la Cour pour qualifier le moyen relatif au défaut d'authentification, confirment ce constat : « *Si le juge communautaire constate, à l'examen de l'acte produit devant lui, que ce dernier n'a pas été régulièrement authentifié, il lui appartient de soulever d'office le moyen tiré de la violation d'une forme substantielle consistant en un défaut d'authentification régulière* »¹⁰⁵⁶.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le caractère d'ordre public s'attache au moyen relatif au défaut d'authentification des seuls actes des institutions qui peuvent être attaqués devant la Cour, c'est-à-dire les actes de la Commission, du Conseil, du Parlement et de la

¹⁰⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, Commission/BASF, c-137/92, Rec. 1992, p. 2555.

¹⁰⁵⁵ René Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, précité, p. 208.

¹⁰⁵⁶ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, Commission/Solvay, c-287/95, Rec. 2000, p. 2391, § 55.

B.C.E.¹⁰⁵⁷. En sont donc exclus, les moyens relatifs au défaut d'authentification de tout acte émanant des autres organes communautaires même si les règlements intérieurs de ces derniers imposent l'authentification de leurs actes : puisque le recours en annulation de ces actes n'est pas recevable devant la Cour, un moyen fondé sur un éventuel défaut d'authentification de ces actes ne peut être invoqué à leur égard. Ceci vaut également pour les moyens relatifs au défaut d'authentification des actes émanant des institutions citées par l'article 230 du traité CE, mais qui ne peuvent créer des effets juridiques dans le chef de leurs destinataires.

Il convient enfin de préciser que le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification ne s'étend pas à des moyens relatifs à la violation d'autres formalités qui sont associées étroitement à la publicité de l'acte communautaire : la publication et la notification.

Selon l'article 235 du traité CE, les actes du Conseil et de la Commission, les actes adoptés conjointement par le Parlement et le Conseil sont toujours publiés ou notifiés. La publication est, en principe, le moyen prévu par le traité pour la publicité des règlements¹⁰⁵⁸, tandis que la notification est la condition requise pour la publicité des directives et des décisions adoptées par les institutions communautaires mentionnées dans l'article 235.

Si la publication constitue une condition indispensable pour que les règlements puissent produire leurs effets, cependant, son absence n'entraîne pas la nullité de ces actes : elle les empêche seulement de déployer leurs effets¹⁰⁵⁹. C'est pour cette raison que le moyen relatif au défaut de publication n'est pas considéré, par la Cour comme un moyen d'ordre public

¹⁰⁵⁷ En vertu de l'article 230 du traité CE, la Cour de justice ne peut contrôler que la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.

¹⁰⁵⁸ Cependant, en ce qui concerne la Banque centrale, l'article 110 CE lui donne le droit de publier ses décisions, vu que leurs effets ne concernent pas uniquement leurs destinataires, mais également une grande partie des opérateurs économiques.

¹⁰⁵⁹ Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 459.

pouvant conduire à l'annulation. Dans son affaire *Handelsgesellschaft*¹⁰⁶⁰, la Cour a précisé que la validité d'un règlement n'était pas affectée par la circonstance que sa publication était intervenue en dehors des délais prévus par le traité pour son adoption, cette tardiveté ne pouvant avoir une incidence que sur la date à partir de laquelle le règlement a pu être appliqué ou a pu produire ses effets¹⁰⁶¹.

Ce constat vaut également pour la notification de l'acte communautaire individuel. La Cour a décidé que le défaut de notification ne peut constituer un vice de procédure susceptible d'annuler l'acte ; le seul effet qu'il peut avoir, se manifeste dans les délais de recours qui ne peuvent commencer à courir qu'après une notification régulière : « *les irrégularités dans la procédure de notification d'une décision sont extérieures à l'acte et ne peuvent donc le vicier* »¹⁰⁶². La notification n'est, en effet, ni une condition de l'existence de l'acte communautaire, ni une condition de sa légalité : elle est uniquement suspendue dans ses effets¹⁰⁶³. Si une décision n'a pas été régulièrement notifiée à son destinataire, elle peut cependant prendre effet à l'égard de cette personne, si elle en a eu connaissance par d'autres moyens¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ C.J.C.E., arrêt du 29 mai 1974, Hauptzollamt Bielefeld/Offene Handelsgesellschaft, c-185/73, *Rec.* 1974, p. 607.

¹⁰⁶¹ Le même principe est adopté par une doctrine européenne abondante. Selon cette doctrine, la publication ne constitue pas une forme substantielle de l'acte communautaire, elle ne peut entraîner que l'inopposabilité de l'acte (J. Megret, Michel Waelbroeck et Jean-Victor Louis, *Le droit de la Communauté européenne*, Vol. 10 : *La Cour de justice, les actes des institutions*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 13. Voir également dans le même sens, René Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, précité, p. 166).

¹⁰⁶² C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries/Commission, c-48/69, *Rec.* 1972, p. 619. Voir en ce sens, arrêt de la Cour du 14 juillet 1972, Geigy AG/Commission, c-52/69, *Rec.* 1972, p. 787.

¹⁰⁶³ Jürgen Schwabe, *Droit administratif Européen*, précité, p. 1491.

¹⁰⁶⁴ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1960, Barbara Erzbergbau/Haute Autorité, c-3/58, *Rec.* 1960, p. 369.

§ 3. Le fondement du caractère d'ordre public relatif au défaut d'authentification et les possibilités d'interaction avec d'autres moyens d'ordre public

Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification peut présenter une certaine ambiguïté en ce qu'il peut apparaître comme le reflet d'un vice relatif à la capacité normative. L'irrégularité devient ainsi un révélateur de l'incompétence et non pas d'un vice de forme¹⁰⁶⁵. Cette idée prend sa source dans le droit français puisque ce dernier ne confère pas, en principe, le caractère d'ordre public à un vice de forme sans qu'il soit le reflet d'un vice de fond. Ainsi, selon J.-M. Auby, s'il est certain que signature et contresignation sont d'un point de vue externe des formalités, néanmoins les irrégularités concernant ces moyens recouvrent nécessairement des irrégularités relatives à la compétence¹⁰⁶⁶. Certains auteurs français sont même allés jusqu'à constater que le vice d'authentification ne serait considéré d'ordre public qu'indirectement par biais au vice d'incompétence¹⁰⁶⁷.

Cependant, si la doctrine française semble lier le caractère d'ordre public de l'authentification à la compétence de l'auteur de l'acte, ceci n'est pas le cas en droit communautaire. La Cour de justice n'attribue le caractère d'ordre public à cette procédure qu'en raison de son appartenance à la catégorie des formes substantielles. On ne peut déduire de la jurisprudence de la Cour que cette formalité couvre d'autres vices relatifs à la compétence ou d'autres vices de fond.

Il est manifeste que le juge communautaire ne considère pas l'authentification comme le reflet de la compétence de l'institution communautaire, mais uniquement comme une forme qui permet de certifier son contenu. En d'autres termes, l'authentification favorise le contrôle juridictionnel des compétences de l'institution. Selon le Tribunal, la procédure

¹⁰⁶⁵ René Hostiou, *précité*, p. 306. Voir en ce sens, Christian Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *précité*, p. 56.

¹⁰⁶⁶ J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, *précité*, p. 287.

¹⁰⁶⁷ Christian Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, *précité*, p. 75.

d'authentification « *permet, par la datation de l'acte et l'apposition des signatures du président et du secrétaire général, de s'assurer de la compétence de son auteur* »¹⁰⁶⁸. Il n'est pas ainsi considéré que l'authentification soit l'expression du consentement des auteurs de l'acte.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cette formalité n'a pas été prescrite uniquement afin de s'assurer de la compétence de l'auteur de l'acte communautaire, mais également pour vérifier l'existence d'autres conditions de formes d'ordre public. Ainsi, dans l'affaire *ICI*, la Cour a précisé que « *le contrôle du respect de la formalité de l'authentification et, ainsi, du caractère certain de l'acte est un préalable à tout autre contrôle tel que celui de la compétence de l'auteur de l'acte, du respect du principe de la collégialité ou encore celui du respect de l'obligation de motiver les actes. Ce n'est également qu'après avoir, éventuellement, contrôlé le caractère certain de l'acte adopté par son auteur qu'il sera possible de contrôler s'il y a une correspondance parfaite du texte notifié ou publié avec le texte adopté par l'auteur de l'acte* »¹⁰⁶⁹. En effet, sans document authentifié, on ne pourra pas vérifier la validité de l'acte communautaire au regard des formes substantielles requises et soumettre l'acte au contrôle de la Cour de justice. L'authentification est à même de garantir que les actes de l'institution ont été adoptés par l'autorité compétente, dans le respect des règles de forme et de fond prévues par le traité et les textes pris pour son application¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ T.P.I., arrêt du 27 février 1992, Basf, t-79/89, *Rec.* 1992, p. II-315.

¹⁰⁶⁹ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, *ICI/Commission*, c-286/95, *Rec.* 2000, p.2341. Voir également, arrêt du Tribunal Basf/Commission, du 27 février 1992, t-79/89, *Rec.* 1992, p. 315.

¹⁰⁷⁰ Voir C.J.C.E., arrêt du 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, c-137/92, *Rec.* p.2555, § 75. Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'authentification des actes constitue une forme substantielle dont le respect permet avec certitude de préciser le contenu, la langue, la motivation de l'acte examiné.

SECTION 2. LA VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES D'ELABORATION DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE

L'élaboration de l'acte communautaire doit suivre plusieurs procédures. Chacune, constitue une étape importante de l'élaboration de l'acte. Toutefois, on ne peut considérer que toute violation ou irrégularité d'une de ces procédures constitue un vice de forme substantiel de l'acte communautaire. Pour notre part, on limitera cette section à l'examen des principaux vices de formes substantiels qui peuvent affecter la procédure de l'élaboration de l'acte communautaire. Nous allons donc, en premier lieu, examiner le moyen de forme relatif à l'obligation de consultation précédant l'adoption de certains actes communautaires (Sous-section 1). Ensuite, nous consacrons la deuxième partie de cette section à l'étude des autres procédures de participation du Parlement européen dans le processus législatif (Sous-section 2). Nous estimons, enfin, nécessaire d'examiner les différentes formes relatives au respect des droits de la défense dans la procédure administrative communautaire (Sous-section 3).

Sous-section 1. L'irrégularité ou le défaut de consultation

La consultation préalable consiste à recueillir des avis auprès d'une institution ou un organe administratif, avant que la décision ne soit prise¹⁰⁷¹. C'est l'un des procédures non-contentieuses les plus importantes dans la plupart des droits des Etats membres. Les décisions administratives sont en effet fréquemment précédées par la consultation d'un organe, dont le défaut ou l'irrégularité entraîne l'illégalité de la décision : lorsqu'un texte législatif ou réglementaire dispose qu'une autorité administrative ne peut prendre une décision qu'après avoir au préalable recueilli certains avis, l'irrégularité qui peut entacher l'accomplissement de ces formalités vicie, en principe, la procédure suivie, même si l'autorité compétente n'est pas liée par les avis émis et n'est pas tenue d'adopter la solution qui lui est proposée¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, précité, T. II, p. 596.

¹⁰⁷² Raymond Odent, *Contentieux administratif*, précité, p. 1457.

Dans le système communautaire, en raison de la concentration du pouvoir normatif entre les mains du Conseil et de la Commission, la procédure de consultation a été instituée au profit d'autres institutions ou organes communautaires. Bien que, dans la plupart des cas, cette consultation ne lie pas ces deux institutions, elle constitue l'expression du principe démocratique selon la Cour de justice¹⁰⁷³.

Le volet le plus important de cette procédure est celui qui exige du Conseil la consultation du Parlement européen avant d'adopter ses règlements, directives, décisions... dans différentes matières du droit communautaire. Cette procédure a été instituée essentiellement pour permettre au Parlement de participer au processus normatif communautaire. Cependant, la procédure de consultation n'a pas été prévue seulement dans le cadre de la relation entre le Parlement et le Conseil : elle trouve d'autres applications en droit communautaire, notamment dans le cadre de l'exercice par la Commission du pouvoir exécutif qui lui est conféré.

Dans un premier paragraphe, nous allons donc étudier le caractère d'ordre public de la procédure de consultation du Parlement européen par le Conseil. Puis, dans un deuxième paragraphe, nous explorerons la nature des autres procédures de consultation au regard de l'ordre public communautaire. Enfin, dans un troisième paragraphe nous relèverons une hypothèse dans laquelle la consultation des Etats membres a été jugée constituer une formalité substantielle.

¹⁰⁷³ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1995, Parlement/Conseil, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643, § 21. Voir à cet égard *infra*, § 1^{er}, A, 4^o.

§ 1^{er}. L'irrégularité ou le défaut de consultation du Parlement européen

Le Parlement européen n'a jamais rempli la fonction ordinaire d'un pouvoir législatif. Sa participation au processus normatif, qui était marginale¹⁰⁷⁴, reste aujourd'hui quelque peu en deçà de la situation des parlements nationaux¹⁰⁷⁵.

Avant l'Acte unique européen, le seul moyen par lequel le Parlement pouvait jouer un rôle dans le processus « législatif » communautaire était la procédure de simple *consultation*¹⁰⁷⁶. En effet, plusieurs dispositions du traité imposaient au Conseil de recueillir dans certaines matières l'avis du Parlement européen avant d'adopter ses règlements, directives ou décisions¹⁰⁷⁷. Toutefois, le Conseil n'était pas tenu de suivre l'opinion du Parlement. La seule

¹⁰⁷⁴ Le déficit démocratique communautaire a été sévèrement critiqué par la doctrine européenne. A titre d'exemple, selon F. Pasetti Bombardella, le transfert des compétences des Etats membres à la Communauté et l'exercice de ces compétences, non pas par le Parlement européen mais par d'autres institutions, alors qu'avant le transfert, cet exercice ressortissait aux organes législatifs nationaux, est certainement regrettable. Selon l'auteur, ce déficit démocratique est de nature à affaiblir le système communautaire ; il mine les pouvoirs du Parlement européen et ôte aux citoyens des garanties nécessaires (F. Pasetti Bombardella, « Le Parlement face au Conseil », in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, études publiées sous la direction de Jean-Victor Louis et Denis Waelbroeck, Université libre de Bruxelles, 1998, T.1, p. 21).

¹⁰⁷⁵ Voir cependant : l'arrêt *Matthews* de la Cour européenne des droits de l'homme où il a été constaté que le Parlement en vue des fonctions qui lui sont attribuées constitue un corps législatif (arrêt du 18 février 1999, *Matthews/Royaume-Uni*, Requête n° 24833/94, *Rec.* 1999-I).

¹⁰⁷⁶ Il convient toutefois de relever que si la procédure de consultation est bien une procédure empruntée aux Etats membres, cependant la consultation du Parlement européen ne peut être comparée aux procédures de consultations nationales, car les Parlements des Etats membres participent de manière décisive à la législation de par les Constitutions démocratiques de ces Etats (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Roquette frères/Conseil*, c-138/79, *Rec.* 1980, p. 3375).

¹⁰⁷⁷ La consultation est obligatoire en matière de politique agricole (art. 37 CE), pour les règlements relatifs aux modalités du pouvoir d'exécution de la Commission (art. 202 CE), pour les règlements sur les harmonisations fiscales (art. 99 CE), pour étendre la politique commerciale commune aux négociations et accords internationaux portant sur la propriété intellectuelle (art. 136) ou pour rendre la procédure de codécision applicable dans le domaine de la politique commerciale commune (art. 137), pour le programme-cadre et les entreprises communes en matière de recherche (art. 168 CE), pour les règlements sur la cohésion des fonds à finalité structurelle (art. 175), en matière de coopération économique avec les pays tiers (art. 181), pour la création des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques (art. 225 A), pour l'attribution à la Cour de justice de la compétence pour statuer sur des litiges liés à l'application des actes adoptés sur la base du présent traité qui créent des titres communautaires de propriété industrielle (229 A), pour la modification du statut de la Cour (245) et en matière d'exécution du budget communautaire (art. 279).

obligation qui incombait à celui-ci était de ne pas adopter sa position finale avant d'avoir consulté le Parlement¹⁰⁷⁸.

L'Acte unique européen a tenté de compenser le déficit démocratique affectant, de l'avis général, le Parlement européen¹⁰⁷⁹ et de renforcer l'importance de la procédure de consultation en introduisant la procédure de *coopération*. Cette dernière a été insérée dans le traité CE sous l'article 252. Elle est une sorte d'aménagement de la procédure de consultation ordinaire. Elle multiplie le nombre de consultations du Parlement durant une seule procédure « législative » afin d'assurer une participation plus efficace du Parlement à ce processus¹⁰⁸⁰. Elle exige la consultation du Parlement une première fois, sur la proposition présentée par la Commission, ainsi qu'une seconde fois, sur la « position commune » adoptée par le Conseil sur base de la proposition de la Commission et de l'avis rendu par le Parlement en premier lieu. Dans le cas où le Parlement propose des amendements à cette position commune, le Conseil, s'il ne s'estime pas convaincu par ces amendements, doit adopter sa décision à l'unanimité. Ainsi, si le Conseil n'est toujours pas lié par l'avis du Parlement, cette procédure a cependant pour effet d'octroyer à ce dernier un véritable droit de blocage dans la mesure où il est difficile de faire l'unanimité au Conseil contre le point de vue du Parlement¹⁰⁸¹.

La procédure de coopération a été instituée dans le but de trouver un instrument plus approprié pour renforcer non seulement la coopération, mais également le dialogue entre le Parlement et le Conseil, et de pallier ainsi l'absence d'un véritable pouvoir législatif du

¹⁰⁷⁸ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1995, Parlement/Conseil, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643, § 10.

¹⁰⁷⁹ Il faut être attentif au fait que la notion du déficit démocratique est souvent comprise au sens d'un déficit de la démocratie représentative. Ainsi le déficit démocratique dans l'Union européenne comporterait deux volets : l'un relatif au contrôle exercé par le Parlement européen sur le processus législatif, l'autre relatif à celui de la représentation des Parlements nationaux au sein du Parlement européen (Alistar McDonagh, « Les recours en carence », *C.D.E.*, 1994, p. 608, note 4).

¹⁰⁸⁰ Selon certains auteurs, la procédure de coopération introduite par l'Acte unique est une sorte de codification de la reconsultation, mais pour des matières bien déterminées (voir par ex. F. Pasetti Bombardella, *précité*, p. 28).

¹⁰⁸¹ Sean Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Bruxelles, Deboeck université, 2001, p. 220. La même opinion est partagée par C. Blumann, qui estime que la procédure de coopération contribue à conférer au Parlement européen un pouvoir de veto suspensif (Claude Blumann, *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 60).

Parlement¹⁰⁸². Cependant, elle n'a pas réussi à faire du Parlement un vrai acteur de la « fonction législative » communautaire¹⁰⁸³.

Le caractère d'ordre public de la consultation du Parlement dans le cadre de ces deux procédures ne fait aucun doute (A). Il n'est pas uniquement inhérent à la première consultation du Parlement dans le processus d'édiction du droit communautaire, mais s'attache aussi à la reconsultation chaque fois que celle-ci est indiquée (B). Nous examinerons les conséquences qui découlent de ce caractère (C) et les raisons d'intérêt communautaire justifiant que cette procédure ait été élevée au rang des règles d'ordre public communautaire (D).

A) Le caractère d'ordre public de la consultation du Parlement européen

La Cour a considéré que le traité avait voulu faire de la consultation du Parlement une condition de validité de l'acte communautaire. Veillant au respect scrupuleux de la consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité parce que cette consultation représente le principal moyen d'associer les peuples de la Communauté à l'élaboration des actes juridiques communautaires, elle a jugé que le défaut de consultation du Parlement européen entache l'acte adopté d'un vice de forme substantiel^{1084 1085}. Toutefois, la

¹⁰⁸² Hans-J. Glaesner, « La procédure de coopération », in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, précité, p. 77.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 29. Selon l'auteur, cette procédure n'apporte pas de développement au niveau juridique par rapport à celle de la consultation ; elle permet simplement une deuxième lecture par le Parlement tout en laissant inchangé le dialogue final actuellement décisif entre le Conseil et la Commission.

¹⁰⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 29 octobre 1980, Roquette/Conseil, c-138/79, *Rec.* 1980, p. 3333. Voir également pour le même principe, les arrêts de la Cour du 30 mars 1995, Parlement/Conseil, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643, § 21, et du 29 février 1996, Belgique/Commission, c-56/93, *Rec.* 1996, p. 723, et du 23 février 1988, Royaume Uni/Conseil, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 855. Dans cette dernière affaire, la Cour a précisé que les règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires prévues par le traité ne sont pas soumises à l'appréciation des Etats membres ou des institutions (voir précisément le § 48 des conclusions de l'avocat général M. Darmon sous l'arrêt du 1^{er} juin 1994, Parlement/Conseil, c-388/92, *Rec.* 1994, p. 2067).

¹⁰⁸⁵ L'importance de la procédure de consultation du Parlement a été soulignée par plusieurs auteurs. Ainsi, selon F. Pasetti Bombardella, cette procédure a une valeur de principe puisqu'elle est destinée à accélérer le développement de l'intégration communautaire et à augmenter les garanties du caractère démocratique de l'élaboration des actes (F. Pasetti Bombardella, « Le Parlement face au Conseil », in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, précité, p. 28). Voir également les conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans

Cour ne réserve ce sort qu'aux actes définitifs du Conseil¹⁰⁸⁶, qu'ils prennent la forme d'un règlement ou d'une décision¹⁰⁸⁷.

Le même principe vaut pour la procédure de coopération. Le défaut de consultation du Parlement dans le cadre de cette procédure constitue, selon la Cour, une violation d'une forme substantielle qui peut être soulevée d'office, que le défaut soit relatif à la première ou à la deuxième consultation¹⁰⁸⁸. Ce constat vaut même si la procédure de coopération a été remplacée par une simple consultation¹⁰⁸⁹.

Cependant, le moyen relatif au défaut de consultation du Parlement, dans le cadre de la simple consultation ou d'une procédure de coopération, n'est d'ordre public que dans le cas où cette consultation a été rendue obligatoire par le droit communautaire¹⁰⁹⁰. L'équilibre institutionnel n'est vraiment troublé que lorsque l'obligation de consultation est imposée pour toute décision définitive de l'institution concernée. Dans les cas où le Parlement est généralement consulté sur une base volontaire, l'absence de consultation ne peut être sanctionnée par la Cour de justice. Une consultation facultative ne peut, en effet, constituer en principe une formalité substantielle en droit communautaire¹⁰⁹¹.

l'affaire Parlement/Conseil : selon lui, « il ne faut pas écarter la possibilité que le caractère obligatoire ou facultatif de la consultation puisse avoir un effet sur l'attitude des institutions participantes, ce qui risque ensuite d'exercer un effet sur l'attitude du travail législatif. Par exemple, le caractère facultatif ou obligatoire de la consultation peut influencer sur la manière dont le Parlement aborde les problèmes ou l'importance que le Conseil attache à l'avis du Parlement. » (Rec. 1994, p. 625, § 29).

¹⁰⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 10 mai 1995, Parlement/Conseil, c-417/93, Rec. 1995, p. 1185.

¹⁰⁸⁷ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, France/Haute Autorité, c-1/54, Rec. 1954, p. 7.

¹⁰⁸⁸ C.J.C.E., arrêts du 4 avril 2000, Commission/Conseil, c-269/97, Rec. 2000, p. 2257, et du 2 octobre 1997, Parlement/Conseil c-259/95, Rec. 1997, p. 5303, et du 4 octobre 1991, Parlement/Conseil, c-70/88, Rec. 1991, p. 4529.

¹⁰⁸⁹ C.J.C.E., arrêt du 25 février 1999, Parlement/Conseil, c-164/97, Rec. 1999, p. 1139.

¹⁰⁹⁰ Jean Boulouis, R.-M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, précité, p. 383.

¹⁰⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 10 mai 1995, Parlement/Conseil, c-417/93, Rec. 1995, p. 1185.

Ainsi, en matière de politique agricole, le juge communautaire ne peut soulever d'office le défaut de consultation du Parlement que lorsque ce sont des règlements émanant du Conseil, instituant une politique agricole commune, qui sont attaqués. Quand le Conseil adopte les règlements d'application, il ne doit pas, en vertu de l'article 37 du traité CE, recueillir l'avis du Parlement¹⁰⁹². Le juge communautaire ne pourra pas à cet égard constater une violation des formes substantielles puisqu'il n'y a pas d'obligation prescrite par le traité en cette matière.

Il faut également observer que le moyen relatif au défaut de consultation est d'ordre public, même quand il s'agit non pas d'une absence de consultation, mais d'une irrégularité de consultation. La violation de l'obligation de consultation du Parlement est, en effet, constituée par son défaut ou par son irrégularité¹⁰⁹³. En réalité, le processus de consultation du Parlement comporte plusieurs étapes dont aucune ne doit manquer afin que cette procédure puisse atteindre son but¹⁰⁹⁴. La Cour a ainsi décidé qu'il ne suffit pas de se contenter d'une simple information du Parlement¹⁰⁹⁵ : afin d'être régulière, la consultation doit être effective, c'est-à-dire susceptible d'avoir des conséquences sur le contenu de l'acte adopté¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² C.J.C.E., arrêt du 20 septembre 1988, Royaume d'Espagne/Conseil, c-203/86, *Rec.* 1988, p. 4563. Dans cette affaire, la Cour a décidé qu'on ne saurait exiger que tous les détails de la réglementation concernant la politique agricole commune soient établis par le Conseil selon la procédure de l'article 37 CE. Il est satisfait à cette disposition lorsque les éléments essentiels de la matière à régler ont été arrêtés conformément à cette procédure ; l'exécution des règlements soit par la Commission, soit par le Conseil, suivant une procédure différente de celle de l'article 37, ne constitue pas une violation de cette disposition (§ 34).

¹⁰⁹³ C.J.C.E., arrêts du 16 juillet, Parlement/Conseil, c-65/90, *Rec.* p. 4593, et du 1^{er} juin 1994, Parlement/Conseil, c-388/92, *Rec.* 1994, p. 2067.

¹⁰⁹⁴ Conclusion de l'avocat général dans l'affaire *Maizena/Commission*, arrêt du 29 octobre 1980, c-139/79, *Rec.* 1980, p. 3410.

¹⁰⁹⁵ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, Italie/Haute Autorité, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 5 juillet 1995, Parlement/Conseil, c-21/94, *Rec.* 1995, p. 1827.

¹⁰⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 29 octobre 1980, Roquette/Conseil, c-138/79, *Rec.* 1980, p. 3333, § 34.

Enfin, il faut noter que le moyen d'ordre public relatif au défaut de consultation du Parlement européen peut subir une certaine atténuation au profit du principe de coopération loyale¹⁰⁹⁷. Cette atténuation a été introduite par la Cour dans l'affaire *Parlement/Conseil*¹⁰⁹⁸. En l'occurrence, un recours en annulation avait été introduit contre un règlement adopté par le Conseil en matière de politique agricole commune. Le recours était fondé principalement sur la violation, par le Conseil, de l'obligation de consultation du Parlement qui lui incombait en vertu de l'article 37 du traité. Tout en admettant que le Conseil avait violé cette obligation, la Cour s'est refusée à annuler l'acte vicié parce que, selon elle, le Parlement avait manqué à son devoir de coopération loyale vis-à-vis du Conseil en ne faisant pas tout pour examiner, dans des délais convenables, la proposition du règlement et ceci en levant sa séance plénière à la demande des quatorze députés sans avoir débattu de la proposition de règlement, en se fondant sur des motifs totalement étrangers au règlement attaqué et sans prendre en compte l'urgence de la procédure et la nécessité d'adopter rapidement ce règlement. Selon la Cour, le principe du devoir réciproque de loyauté prévaut sur les principes qui régissent les relations entre les États membres et les institutions communautaires, et notamment celui du respect de l'équilibre institutionnel protégé par la procédure de consultation¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ Ce principe trouve son fondement dans l'article 86 du traité CECA, l'article 192 du traité Euratom et surtout l'article 10 du traité CE. Ce dernier prévoit que « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». Ce principe a connu plusieurs applications jurisprudentielles. Il a été déjà assuré entre le juge communautaire et le juge national dans l'arrêt *Van Gend en Loos* : la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire a été assurée par le juge national en application du principe de coopération de l'article 5 du traité CE (arrêt du 5 février 1963, c-26/62, *Rec.* 1963, p. 3), ainsi qu'en matière de répartition de compétence entre les États membres et le Parlement, en ce qui concerne la fixation des lieux de session du Parlement (arrêt du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement, c-230/81, *Rec.* 1983, p. 255). Voir, quant aux dispositions financières du traité, l'arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, Grèce/Conseil, c-204/86, *Rec.* p. 5323, § 16 : dans cette affaire, la Cour a décidé que les dispositions financières du traité reposent essentiellement sur un dialogue interinstitutionnel. Dans le cadre de ce dialogue, prévalent les mêmes devoirs réciproques de coopération loyale qui régissent les relations entre les États membres et les institutions communautaires.

¹⁰⁹⁸ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1995, *Parlement/Conseil*, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, § 10. Cependant, la pertinence de cette jurisprudence se trouve limitée par le fait que le Conseil n'avait pas la possibilité d'épuiser les moyens qui lui sont offerts, en cas d'urgence, en vertu de l'article 196 CE, à savoir la possibilité de l'application de la procédure d'urgence ou la possibilité de convoquer le Parlement en session extraordinaire (C.J.C.E., arrêt du 29 octobre 1980, *Roquette/Conseil*, c-138/79, *Rec.* 1980, p. 3333).

B) Le caractère d'ordre public de la reconsultation du Parlement européen

Il est de jurisprudence constante que lorsque le texte finalement adopté par le Conseil, considéré dans son ensemble, s'écarte dans sa substance de celui sur lequel le Parlement européen a déjà été consulté, une deuxième consultation est impérative, à l'exception des cas où les amendements correspondent, pour l'essentiel, au souhait exprimé par le Parlement lui-même¹¹⁰⁰. Dans le cas où le Conseil ne recueille pas l'avis du Parlement une seconde fois sur le texte amendé, il commet ainsi une violation des formes substantielles, ce qui peut certainement servir de fondement à un moyen d'ordre public : *« le fait que le Parlement n'a pas été consulté une seconde fois dans la procédure législative (...) constitue une violation des formes substantielles, qui doit entraîner l'annulation de l'acte litigieux »*¹¹⁰¹. Il est évident que le droit d'être consulté sur la proposition de la Commission serait une pure formalité si le Conseil avait la possibilité d'adopter à titre définitif un autre texte, sans rapport avec la proposition sur laquelle le Parlement s'est exprimé¹¹⁰². La protection d'ordre public de la reconsultation découle donc principalement du caractère d'ordre public de la procédure de consultation.

Au cours de la séance plénière du Parlement européen du 26 novembre 1968, le président en exercice du Conseil a bien précisé les cas dans lesquels une reconsultation est requise : *« je vous rappelle que le but de la consultation est de permettre au Conseil et à la Commission de connaître l'avis de l'Assemblée pour pouvoir en tenir compte dans l'élaboration de la législation communautaire. En règle générale, ce but est atteint quand l'Assemblée a rendu son avis. Si toutefois, des modifications envisagées par le Conseil portaient sur des questions essentielles qui n'auraient pas encore été soumises à l'Assemblée, nous ne manquerions pas*

¹¹⁰⁰ C.J.C.E., arrêt du 12 décembre 1996, *Olasagasti e.a./Amministrazione delle Finanze, dello Stato*, c-60/95, *Rec.* 1996, p. 6579. Voir en ce sens les arrêts de la Cour du 1^{er} juin 1994, *Parlement/Conseil*, c-388/92, *Rec.* 1996, p. 2067, § 10, et du 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, c-280/93, *Rec.* 1994, p. 4973, § 38.

¹¹⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement/Conseil*, c-21/94, *Rec.* 1995, p. 1827, §§ 26-27. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 10 juin 1997, *Parlement/Conseil*, c-392/95, *Rec.* 1997, p. 3213. Voir également en doctrine Claire-Françoise Durand et Sean Van Raepenbusch, *« Les principaux développements de jurisprudence »*, *C.D.E.*, 1998, p. 394, et Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, précité, p. 480.

¹¹⁰² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Parlement/Conseil*, arrêt du 5 juillet 1995, c-21/94, *Rec.* 1995, p. 1827, sp, p. 1834, § 27.

d'examiner la possibilité d'une nouvelle consultation »¹¹⁰³. La nécessité d'une nouvelle consultation dépend effectivement de l'existence de modifications substantielles apportées au texte qui avait été l'objet de la première consultation. Une modification substantielle, selon la Cour, est celle qui touche le coeur même du dispositif mis en place¹¹⁰⁴.

Il n'est pas possible à l'institution qui adopte le texte final de se soustraire à cette obligation au motif qu'elle connaîtrait parfaitement les souhaits du Parlement sur les points qui nécessitent une reconsultation, car ceci aboutirait à compromettre gravement la participation effective du Parlement au processus législatif de la Communauté, qui est essentielle au maintien de l'équilibre institutionnel voulu par le traité, et reviendrait à méconnaître l'influence que peut avoir la consultation régulière du Parlement sur l'adoption de l'acte¹¹⁰⁵.

C) Les conséquences du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'irrégularité ou au défaut de consultation du Parlement européen

Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'irrégularité ou au défaut de consultation implique que ce moyen puisse être soulevé d'office par le juge communautaire ou invoqué par les parties à tout moment de la procédure. Cependant, il faut observer que ce droit n'était pas reconnu au Parlement au début de la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt

¹¹⁰³ J.O.C.E., Débats, n° 18, session 1968-1969, tiré de F. Pasetti Bombardella, « Le Parlement face au Conseil » in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, précité, p. 25. Voir également sur ce point les résolutions du Parlement du 12 octobre 1976, J.O.C.E. n° C 259 du 4 novembre 1976, p. 12, et du 9 juillet 1981, J.O.C.E n° C 23 du 14 septembre 1981, p. 52-57.

¹¹⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 16 juillet 1992, Parlement/Conseil, c-65/90, *Rec.* 1992, p. 4593. Voir également l'arrêt du 10 mai 1995, Parlement/Conseil, c-417/93, *Rec.* 1995, p. 1185. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le remplacement, dans le texte du règlement examiné par le Parlement, de la procédure de consultation du comité de gestion par la consultation du comité de réglementation, ne constitue pas une modification substantielle qui nécessiterait une deuxième consultation du Parlement : « *l'équilibre global des compétences respectives reconnues à la Commission et au Conseil n'est pas affecté de manière décisive par le choix entre les deux types de comités en cause, de telle sorte que la modification apportée à la proposition de la Commission ne revêt pas un caractère substantiel, dès lors une nouvelle consultation n'est pas non plus indispensable* ». Voir pour d'autres exemples sur la notion de « modification substantielle » : arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, *Chemiefarma/Commission*, c-41/69, *Rec.* 1970, p. 661 ; du 7 juin 1988, *Roviello/Landesversicherungsanstalt Schwaben*, c-20/85, *Rec.* 1988, p. 2805 ; du 11 novembre 1997, *Eurotunnel e.a./SeaFrance*, c-408/95, *Rec.* 1997, p. 6315 ; du 1^{er} juin 1994, *Parlement/Conseil*, c-388/92, *Rec.* 1994, p. 2067 ; ordonnance de la Cour du 29 juin 1993, *Allemagne/Conseil*, c-280/93, *Rec.* 1993, p. 3667.

¹¹⁰⁵ C.J.C.E., arrêt du 10 juin 1997, *Parlement/Conseil*, c-392/95, *Rec.* 1997, p. 3213.

*Parlement/Conseil*¹¹⁰⁶, la Cour avait dénié, en général, au Parlement européen le droit d'agir en annulation ; elle avait précisé que le Parlement a été doté du pouvoir de participer, à titre consultatif, au processus d'élaboration des actes normatifs, mais qu'il ne s'est pas vu pour autant accorder la possibilité d'agir en annulation. Les prérogatives nouvelles apportées par l'Acte unique au Parlement n'ont rien changé, selon la Cour, à cette situation. Elle estimait en outre que ces prérogatives (notamment le droit d'être consulté par le Conseil) pouvaient être protégées par d'autres moyens, ainsi que par la Commission en application de l'article 211 du traité CE¹¹⁰⁷, ou par les particuliers concernés par l'acte à l'occasion d'un recours présenté devant la Cour de justice.

La position de la Cour a subi une modification substantielle dans l'affaire *Parlement/Conseil* de 1991¹¹⁰⁸. Par cet arrêt, la Cour a reconnu pour la première fois au Parlement le droit d'agir en annulation, mais en limitant ce droit aux seuls cas où ses prérogatives prévues par le traité sont menacées. Selon la Cour, parmi les prérogatives dont le Parlement a le droit de s'en prévaloir, il y a son droit de faire respecter sa consultation dans les matières prévues par le traité. Dans le cas d'espèce, le Parlement se plaignait d'avoir été consulté, avant l'adoption de l'acte litigieux, sur base de l'article 31 CEEA qui lui permet uniquement de participer à l'adoption de l'acte via une simple consultation, et ceci contrairement aux dispositions pertinentes du traité CE¹¹⁰⁹, qui prévoyaient la mise en oeuvre d'une procédure de coopération

¹¹⁰⁶ C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil*, c-302/87, *Rec.* 1988, p. 5615.

¹¹⁰⁷ L'article 211 dispose :

« En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission :

— veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci,

— formule des recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire,

— dispose d'un pouvoir de décision propre et participe à la formation des actes du Conseil et du Parlement européen dans les conditions prévues au présent traité,

— exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit ».

¹¹⁰⁸ C.J.C.E., arrêt du 4 octobre 1991, *Parlement/Conseil*, c-70/88, *Rec.* 1991, p. 4529.

¹¹⁰⁹ Article 95 CE.

dans le cas d'espèce. Le Conseil avait soulevé une exception d'irrecevabilité à l'appui de laquelle il faisait valoir que la question de la qualité du Parlement européen pour agir en annulation avait été clairement tranchée par la Cour dans l'arrêt du 27 septembre 1988¹¹¹⁰ et que, dès lors, le recours devait être déclaré irrecevable. La Cour a cependant qualifié de lacune procédurale l'absence, dans le traité, d'une disposition conférant le droit au Parlement d'agir en annulation, qui ne saurait prévaloir à l'encontre de l'intérêt fondamental qui s'attache au maintien et au respect de l'équilibre institutionnel défini par les traités constitutifs des Communautés européennes, lequel implique la nécessité de conférer au Parlement le droit de défendre son droit d'être correctement consulté¹¹¹¹.

Il est important de souligner, à cet égard, qu'à l'époque, ce droit n'a été conféré au Parlement par aucun texte, mais que c'est la Cour qui le lui a reconnu en vertu des dispositions générales du droit communautaire et partant du fait que les prérogatives du Parlement sont *l'un des éléments de l'équilibre institutionnel créé par le traité*¹¹¹². La Cour s'est plus particulièrement fondée sur sa mission de veiller au respect du droit communautaire, qui lui donne le pouvoir d'assurer le maintien de l'équilibre institutionnel et de faire respecter les prérogatives du Parlement lorsqu'elle est saisie à cette fin par ce dernier, par une voie de droit adaptée^{1113 1114}.

Il faut également préciser que l'invocation d'un moyen d'ordre public par une personne physique ou morale n'est pas soustraite à la règle qui soumet l'invocation d'un tel moyen à l'existence d'un intérêt à agir. Ce ne sont que les institutions communautaires qui bénéficient

¹¹¹⁰ *Précité*, c-302/87, *Rec.* 1988, p. 5615.

¹¹¹¹ C.J.C.E., arrêt du 4 octobre 1991, Parlement/Conseil, c-70/88, *Rec.* 1991, p. 4529, § 26.

¹¹¹² *Ibid.*, § 21.

¹¹¹³ L'une des raisons qui a amené la Cour à changer de position est la renonciation à l'idée selon laquelle la Commission était apte à protéger les prérogatives du Parlement. La Cour a précisé que la Commission ne peut pas s'en charger effectivement, car s'il incombe à celle-ci de veiller au respect des prérogatives du Parlement, cette mission ne saurait aller jusqu'à la contraindre à suivre la position du Parlement et à présenter un recours en annulation qu'elle estimerait, pour sa part, mal fondé (§ 19).

¹¹¹⁴ Il faut noter que l'acte unique européen a codifié ultérieurement cette jurisprudence, puis le traité de Nice a supprimé toute limitation au droit de recours du Parlement européen en le plaçant dans la même position que le Conseil et la Commission (article 34 du traité de Nice).

d'une exception à cet égard en vertu de l'article 230, alinéas 2 et 3. Elles peuvent, en effet, invoquer un moyen relatif au défaut de consultation sans justifier d'un intérêt à agir. Dans l'ordonnance *Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France*¹¹¹⁵, les parties ont pourtant essayé de convaincre la Cour que leur recours devait être déclaré recevable indépendamment de la question de savoir si elles étaient directement et individuellement concernées par l'acte attaqué. Elles se sont appuyées sur l'affaire Parlement/Conseil (C-70/88), dans laquelle la Cour avait permis au Parlement de se prévaloir d'une violation des formes substantielles en dépit du fait qu'il n'était apparemment pas recevable à présenter un tel recours. La Cour a cependant rejeté fermement le moyen en déclarant que l'arrêt mentionné était fondé sur le besoin d'assurer le maintien de l'équilibre institutionnel et le contrôle juridictionnel du respect des prérogatives du Parlement, qu'il était donc sans pertinence pour l'examen de la recevabilité d'un recours introduit par une personne physique ou morale¹¹¹⁶.

D) Le fondement du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'irrégularité ou au défaut de consultation du Parlement européen

La protection de la procédure de consultation ou de coopération par l'attribution du caractère d'ordre public au moyen qui invoque sa violation est guidée par le souci de protection du principe d'équilibre institutionnel : « *La participation effective du Parlement au processus législatif de la Communauté, selon les procédures prévues par le traité, représente, en effet, un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité. Cette compétence constitue l'expression d'un principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative* »¹¹¹⁷. Le respect des prérogatives du Parlement dans la procédure de consultation revêt une importance primordiale pour le maintien de l'équilibre entre les institutions communautaires,

¹¹¹⁵ C.J.C.E., ordonnance du 10 mai 2001, FNAB e.a./Conseil, c-345/00, *Rec.* 2001, p. 3811.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, § 42.

¹¹¹⁷ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1995, Parlement/Conseil, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643, § 21. Voir aussi pour le même principe : arrêts de la Cour du 29 février 1996, Belgique/Commission, c-56/93, *Rec.* 1996, p. 723, et du 2 octobre 1980, Roquette./Conseil, c-138/79, *Rec.* 1980, p. 3333, et du 23 février 1988, Royaume Uni/Conseil, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 855.

même si le Parlement dispose d'autres moyens pour faire entendre sa voix dans la procédure législative¹¹¹⁸.

Le principe de l'équilibre institutionnel est un principe non écrit du droit communautaire qui a été déduit par la Cour de justice de l'économie du système établi par les traités et des objectifs que ceux-ci assignent à l'administration communautaire¹¹¹⁹. C'est un principe structurel et relationnel, qui prévaut sur le droit communautaire dérivé, et s'adresse essentiellement aux institutions qui sont tenues de le respecter dans l'exercice des compétences qui leur ont été conférées par les traités¹¹²⁰. Il signifie que la liberté d'action d'une institution ne peut être limitée, dans l'exercice d'une compétence qui lui est attribuée par le traité, par une autre institution d'une manière qui porte atteinte à la place et au rôle qui leurs sont réciproquement

¹¹¹⁸ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Parlement/Conseil, c-417/93, *Rec.* 1995, p. 1188.

¹¹¹⁹ Jean Boulouis, R.-M. Chevalier, *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, précité, T.II., p. 108, tiré de Guy Guillermin, « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *précité*, p. 321. Ce principe a été dégagé, à l'origine, par la jurisprudence de la Cour relative au droit de la CECA, sur base de la disposition du traité de Paris relative à la « petite révision » suivant laquelle cette procédure d'adaptation du traité était subordonnée au fait que les modifications ne portent pas atteinte au rapport des pouvoirs respectivement attribués à la Haute Autorité et aux autres institutions de la Communauté (art. 95, § 3, CECA). Ce principe a été consacré par la Cour, pour la première fois, dans l'affaire *Meroni*, où elle a décidé que l'article 3 du traité CECA, en assignant les objectifs qu'il énumère, non à la Haute Autorité séparément mais aux institutions de la Communauté dans le cadre de leurs attributions respectives, permettait de voir dans l'équilibre des pouvoirs, caractéristiques de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le traité notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles elle s'applique (C.J.C.E., arrêt du 13 juin 1958, *Meroni/Haute Autorité*, c-9/56, *Rec.* 1958, p. 11). Voir pour d'autres applications les arrêts de la Cour du 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster*, c-25/70, *Rec.* 1970, p. 1161 et du 5 octobre 1977, *Tedeschi/Denkavit*, c-5/77, *Rec.* 1977, p. 1555 et du 10 juillet 1986, *Wybot/Faure*, c-149/85, *Rec.* 1986, p. 2391, et du 3 juillet 1986, *Conseil/Parlement*, c-34/86, *Rec.* 1986, p. 2155.

¹¹²⁰ Guy Guillermin, *précité*, p. 319-327. Selon l'auteur, le principe d'équilibre institutionnel constitue un élément constitutif de la Communauté de droit qui a une valeur d'ordre public. Il constitue une garantie des droits et des compétences de l'ensemble des acteurs du système juridique communautaire (p. 343). L'importance de ce principe a été également soulignée par la doctrine européenne. Ainsi, selon Rebecca-Emmanuela Papadopoulou, l'équilibre institutionnel apparaît non seulement comme une règle technique constituant une conséquence logique de la création de la Communauté, mais comme un élément intrinsèque de l'ordre juridique communautaire, sans lequel celui-ci ne saurait se concevoir (Rebecca-Emmanuela Papadopoulou, *Principes généraux du droit communautaire, origines et concrétisations*, Bruylant, 1996, p. 119). Selon Jean-François Chambault, il s'agit d'un équilibre d'origine conventionnelle, évolutif si les traités sont amendés. Il est juridiquement garanti et son contrôle juridictionnel doit pouvoir être effectif (Jean-François Chambault, « L'ouverture du recours en annulation au Parlement européen, aboutissement et cohérence d'une décennie de jurisprudence », *R.M.C.*, 1991, p. 41-42).

assignés par le traité¹¹²¹. Ce principe découle des articles 7, § 1^{er}, CE et 3, § 1^{er}, CEEA qui impliquent que chaque institution ne peut agir que dans les limites des attributions qui leur ont été conférées par les traités constitutifs. Les compétences des institutions communautaires sont exclusives en ce sens que celles-ci ne peuvent, en principe, ni s'en dessaisir, ni en partager la responsabilité.

Cependant, il est communément admis que ce principe ne signifie pas l'existence d'une véritable séparation des pouvoirs¹¹²², même si la Cour emploie parfois ce terme¹¹²³. La Communauté ne connaît pas, en réalité, la séparation des pouvoirs, car le Parlement ne possède pas un vrai pouvoir normatif¹¹²⁴, sauf dans le cadre de la procédure de codécision. Dans le cadre des autres procédures, le pouvoir « législatif » est exercé principalement par le Conseil, avec la participation de la Commission et du Parlement¹¹²⁵. Ce constat ne change pas en fonction de la nature de la procédure de consultation en cause. On ne pourrait soutenir que la procédure de coopération, par rapport à la simple consultation, a pu faire du Parlement un vrai pouvoir législatif, car il agit toujours dans les limites des compétences conférées par le traité. La seule particularité de la procédure de coopération est qu'elle a fait augmenter le

¹¹²¹ Jean Boulouis, R.-M. Chevalier, *Grand arrêts...*, précité, p. 109. Voir également l'arrêt *Parlement/Conseil*, où la Cour a constaté qu'il lui incombe de sauvegarder cet équilibre institutionnel en assurant l'application des dispositions des traités relatifs à la répartition de compétences (arrêt du 2 mars 1994, c-316/91, *Rec.* 1994, p. 625).

¹¹²² Guy Guillermin, *précité*, p. 320. Voir en ce sens Jean Boulouis, R.-M. Chevalier, *précité*, p. 109 ; Claude Blumann, « Le Parlement européen et la Comitologie : une complication pour la conférence intergouvernementale de 1996 », *R.T.D.E.*, 1998, p. 3 ; Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *précité*, p. 171.

¹¹²³ Voir en ce sens l'ordonnance de la Cour du 10 mai 2001, FNAB e.a./Conseil, c-345/00, *Rec.* 2001, p. 3811. Dans cette affaire, la Cour a décidé que « *l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, constitue une garantie fondamentale accordée par le traité* » (§ 41). Voir également T.P.I., arrêt du 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen e.a./Commission, t-132/96, *Rec.* 1999, p. II-3663.

¹¹²⁴ Guy Guillermin, *précité*, p. 321. Selon l'auteur, les terminologies : Parlement européen, législation communautaire, et exécutif communautaire, sont trompeuses. Le Conseil, la Cour, la Commission et le Parlement détiennent les fonctions classiques des organisations internationales : l'orientation, le contrôle, la décision et l'exécution.

¹¹²⁵ Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *précité*, p. 171. Selon l'auteur, le principe de l'équilibre institutionnel n'évoque en rien l'idée selon laquelle les auteurs des traités auraient mis en place une répartition équilibrée des pouvoirs entre les différentes institutions, mais se rapporte plus simplement au fait que la structure institutionnelle communautaire est le reflet d'un équilibre entre les pouvoirs des différentes institutions selon la mission que les auteurs des traités ont attribuée à chacune d'entre elles (p. 176).

poids de Parlement dans cette trilogie institutionnelle, sans vraiment lui conférer un pouvoir particulier¹¹²⁶.

L'équilibre recherché n'est pas en réalité un équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais en réalité le moyen de préserver les compétences du Parlement qui lui ont été attribuées par l'Acte unique européen dans le cadre du processus « législatif »¹¹²⁷. Ces compétences consultatives ont une fonction de garantie au sein du système juridique communautaire, en assurant au Parlement une participation minimale au processus d'élaboration normative. Elles constituent par ailleurs — on l'a vu — un aspect du principe de la démocratie qui est l'un des principes fondamentaux sur lesquels est fondée la Communauté¹¹²⁸.

Ainsi, la consultation du Parlement, en dépit qu'elle est en soi une étape formelle de la procédure législative communautaire en raison de laquelle le Conseil n'est pas tenu par cet avis, a été élevée par la Cour au statut de forme substantielle de l'acte qui couronne cette procédure afin de préserver au Parlement un certain rôle dans le processus législatif.

¹¹²⁶ Voir en ce sens Danièle Quinty et Gilles Joly, « Parlements européens et nationaux et fonction législative », *R.D.P.*, 1991, p. 403.

¹¹²⁷ L'équilibre institutionnel ne joue qu'entre les institutions participant au processus législatif communautaire, c'est-à-dire le Conseil, la Commission, le Parlement. Il répartit d'une manière complexe l'initiative, la consultation et la décision. La Cour de justice ne constitue pas un facteur de cet équilibre institutionnel, mais elle y joue un rôle régulateur. Voir C.J.C.E., arrêt du 4 octobre 1991, Parlement/Conseil, c-70/88, *Rec.* 1991, p. 4529. Dans cette affaire, la Cour, après avoir constaté que les traités ont mis en place « *un système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté, qui attribue à chacune sa propre mission dans la structure institutionnelle de la Communauté et dans la réalisation des tâches confiées à celle-ci* », a ajouté que « *la Cour, chargée, en vertu des traités, de veiller au respect du droit dans leur interprétation et dans leur application, doit ainsi pouvoir assurer le maintien de l'équilibre institutionnel et, par conséquent, le contrôle juridictionnel du respect des prérogatives du Parlement, lorsqu'elle est saisie à cette fin par ce dernier, par une voie de droit adaptée à l'objectif qu'il poursuit* » (§ 23). Voir également en ce sens Guy Guillermin, *précité*, p. 329 et les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Conseil/Chvatal*, arrêt du 5 octobre 2000, c-432/98, *Rec.* 2000, p. 8535, § 52.

¹¹²⁸ Voir en ce sens l'article 6 du traité UE.

§ 2. L'irrégularité ou le défaut de consultation d'autres organes consultatifs communautaires

A) La consultation du Comité économique et social

Institué par l'article 10 du règlement n° 17 du Conseil¹¹²⁹, le Comité économique et social s'est inséré avec efficacité dans l'ensemble institutionnel communautaire en vue d'assurer la liaison avec les Etats membres. C'est un organe consultatif commun à la CE et à l'Euratom. Il est composé des représentants des différentes catégories de la vie économique et sociale¹¹³⁰. En vertu de l'article 262 CE, « *le Comité est obligatoirement consulté par le Conseil ou par la Commission dans les cas prévus au présent traité. Il peut être consulté par ces institutions dans tous les cas où elles le jugent opportun* ». Ces consultations peuvent porter sur des questions relatives à l'agriculture (art. 37, § 2), à la libre circulation des travailleurs (art. 40), au droit d'établissement (art. 44), à la libre prestation de service (art. 52), au transport (art. 71, § 1^{er}, et 75, § 3), au rapprochement des législations (art. 94, § 2), à la politique sociale (art. 137, § 3, et art. 144), au Fonds social européen (art. 149 et 150) et à la formation professionnelle (art. 151).

Le défaut de consultation de ce Comité dans les cas prévus par le traité constitue, selon une jurisprudence constante de la Cour, une violation des formes substantielles¹¹³¹. Le caractère

¹¹²⁹ J.O.C.E., n° L 13 du 21 février 1962, p. 204-211.

¹¹³⁰ La création de cet organe répond à une revendication du Mouvement européen, exprimée au Congrès de La Haye en octobre 1953.

¹¹³¹ En droit de la CECA, il était admis également que la consultation du Comité consultatif constitue une forme substantielle. Dans l'affaire France/Haute Autorité, la Cour a déclaré qu'elle peut soulever d'office le défaut de consultation du Comité consultatif et du Comité de ministres (C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, France/Haute autorité, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7). Dans l'affaire *Italie/Haute Autorité*, la Cour a expressément reconnu à cette procédure, dans le cadre de l'application du traité CECA, le caractère d'une forme substantielle (C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, Italie/Haute autorité, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73. Voir également les arrêts de la Cour du 21 mars 1955, Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité, c-6/54, *Rec.* 1955, p. 201, et du 17 décembre 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster, c-25/70, *Rec.* 1970, p. 1161, et du 9 juillet 1987, Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni/Commission, c-281/95, *Rec.* 1987, p. 3203). Cette consultation présente le même intérêt dans le droit de la CECA que celui de la consultation du Comité économique et social dans le traité CE : « *il résulte des articles 18, 19 et 95 du traité CECA que la consultation du comité consultatif a pour but, premièrement, de permettre à tous les professionnels concernés d'exprimer leur*

d'ordre public attaché à cette formalité ne repose pas sur la protection d'un certain équilibre institutionnel, comme c'est le cas de la consultation du Parlement, mais sur un souci pratique de conférer aux décisions de la Commission une dimension économique et sociale réelle : cette consultation permet à la Commission de prendre des décisions qui sont adaptées aux besoins du marché et de la société européenne, puisque le Comité économique et social est composé de spécialistes des domaines économiques et sociaux. On ne doit pas perdre de vue non plus le fait que cette procédure protège l'équilibre entre les Etats membres et les institutions communautaires dans le processus normatif, en permettant aux premiers de défendre leurs intérêts.

En dehors des hypothèses de consultation obligatoire, l'article 262 du traité CE prévoit également que le Comité *peut être* consulté par le Conseil ou par la Commission, ainsi que par le Parlement européen. En ce cas, le défaut de consultation ne saurait constituer une violation des formes substantielles, le caractère substantiel d'une forme relative à la consultation étant principalement lié à sa portée obligatoire, ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour la consultation du Comité par le Parlement¹¹³².

Le moyen relatif au défaut de consultation du Comité économique et social ne peut être invoqué qu'à propos des avis par lesquels la Commission et le Conseil proposent la réalisation de mesures concrètes sur lesquelles il est utile de connaître l'attitude des milieux socio-économiques. Lorsque la Commission décide de recueillir des informations ou d'organiser une réunion, ceci ne constitue qu'une décision purement préparatoire et procédurale qui ne requiert pas à une consultation du Comité économique et social ; par conséquent, l'absence d'une telle consultation ne peut fonder un moyen d'ordre public¹¹³³.

opinion eu égard aux propositions présentées par la Commission et, deuxièmement, de permettre au Conseil de prendre des décisions sur la base d'un dialogue élargi à tous les intéressés » (T.P.I., arrêt du 7 juillet 1999, *British Steel/Commission*, t-89/96. *Rec.* 1999, p. II-2089).

¹¹³² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Banque centrale européenne*, arrêt du 3 octobre 2002, c-11/00. *Rec.* 2003, p. 7147, § 131.

¹¹³³ C.J.C.E., arrêt du 9 juillet 1987, *Allemagne/Commission*, affaires jointes 281, 283, 284, 285 et 287/85, *Rec.* 1987, p. 3203.

Enfin, s'il est manifeste que le défaut de consultation du Comité consultatif constitue une violation des formes substantielles lorsque cette consultation est obligatoire, tel n'est pas toujours le cas de *l'irrégularité* de la consultation. Ainsi, le Tribunal a jugé que le délai de convocation du Comité constitue une règle de procédure purement interne, de sorte que la méconnaissance de cette règle n'est susceptible d'entacher d'illégalité la décision finale de la Commission que si elle présente un caractère suffisamment substantiel et si elle a affecté, de façon préjudiciable, la situation juridique et matérielle de la partie qui invoque le vice de procédure¹¹³⁴. *Tel ne saurait être le cas lorsque le Comité consultatif a, en fait, disposé d'un délai suffisant pour lui permettre de prendre connaissance des éléments importants de l'affaire et a pu rendre son avis en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire sans être induit en erreur sur un point essentiel par des inexactitudes ou des omissions. Dans une telle hypothèse, la méconnaissance du délai de convocation ne peut, en effet, exercer aucune incidence sur l'issue de la procédure de consultation et sur le contenu de la décision finale*¹¹³⁵.

B) La consultation des comités de gestion ou de réglementation

Dans le cadre de l'exercice de la compétence d'exécution que peut lui attribuer le Conseil sur base de l'article 202 du traité CE, la Commission a été entourée de divers comités, dits « comités de comitologie ». Ces comités ont pour mission d'assurer une consultation permanente afin d'orienter la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés par le Conseil et de permettre ainsi à celui-ci de conserver une certaine influence sur le processus d'exécution. L'intervention de ces comités a également pour but de permettre à la Commission de préparer ses mesures en contact étroit avec les autorités nationales chargées de la gestion des secteurs du marché concerné¹¹³⁶.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

¹¹³⁴ T.P.I., arrêt du 10 juillet 1991, RTE/Commission, t-69/89, *Rec.* 1991, p. II-485, § 27.

¹¹³⁵ T.P.I., ordonnance du 30 octobre 1998, Kaysersberg/Commission, t-290/94, *Rec.* 1998, p. II-4105.

¹¹³⁶ C.J.C.E., arrêt du 14 mars 1973, Westzucker GmbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker, c-57/72, *Rec.* 1973, p. 321.

Au départ, ces comités ont été créés par différents règlements, mais, en raison de l'amplification de leur nombre au fil du temps et de la difficulté de fonctionnement qui en résultait¹¹³⁷, le Conseil a pris, sur base de l'article 202 qui lui donne la possibilité de soumettre l'attribution à la Commission d'un pouvoir d'exécution à certaines modalités¹¹³⁸, la décision 87/373 du 13 juillet 1987¹¹³⁹ visant à fixer ces modalités. Cette décision, fortement critiquée par le Parlement européen, a été ensuite modifiée par la décision n° 1999/468, dite « comitologie », du 28 juin 1999¹¹⁴⁰. Par cette décision, le Conseil a distingué trois types de procédure que la Commission doit suivre, selon la nature des mesures en cause, pour l'adoption des actes qu'elle est habilitée à prendre. La première procédure oblige la Commission à consulter un comité de *gestion* en matière de politique agricole commune et de politique commune de la pêche, ou encore de mise en oeuvre de programmes ayant des incidences budgétaires notables. La deuxième impose à la Commission de consulter un comité de *réglementation* au sujet des mesures de portée générale visant à mettre en application les éléments essentiels d'un acte de base. La troisième procédure vise à établir la *consultation* d'un comité consultatif chaque fois que cette procédure est considérée comme la plus appropriée¹¹⁴¹.

L'importance du rôle de ces comités a été soulignée par l'avocat général dans ses conclusions sous l'affaire *Comitologie*: « *dans la pratique quotidienne, les comités revêtent dans l'ensemble une grande importance pour l'administration communautaire. L'incidence réelle d'un comité spécifique sur l'élaboration des actes communautaires est tributaire d'un certain nombre de facteurs. L'incidence est liée en premier lieu à l'étendue des compétences que le législateur a déléguées à la Commission étant entendu que les compétences que le législateur*

¹¹³⁷ Joe Verhoeven, *Droit communautaire général*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 378 ; Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Gualino, 2003, p. 147.

¹¹³⁸ Inséré par l'Acte unique européen, cet article dispose que le Conseil peut soumettre l'exercice par la Commission des compétences d'exécution à certaines « modalités » qui doivent répondre aux « principes et règles » que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après avis du Parlement européen, aura préalablement établis.

¹¹³⁹ J.O.C.E., n° L 197 du 18 juillet 1987, p. 33.

¹¹⁴⁰ J.O.C.E., n° L 184 du 17 juillet 1999, p. 23.

¹¹⁴¹ Sur ces procédures, voir notamment Bernadette Willemot, « La comitologie, entre réforme et statu quo », *C.D.P.K.*, 2002, p. 220-246.

*communautaire s'est réservées dans la décision de base important tout autant. De surcroît, les compétences qui sont conférées aux comités dans les différentes procédures jouent également un rôle (...) »*¹¹⁴².

Le défaut de consultation de ces comités par la Commission peut être invoqué au soutien d'un moyen d'ordre public¹¹⁴³ puisque, comme la Cour l'a affirmé dans l'affaire *Köster*¹¹⁴⁴, ces comités constituent un élément dans l'équilibre institutionnel de l'ordre juridique communautaire. Si ces comités n'ont pas été institués par le traité, ils rentrent toutefois dans le schéma institutionnel, même s'ils ne possèdent pas de pouvoir normatif¹¹⁴⁵. La procédure des comités de gestion et de réglementation est en réalité un aménagement de l'habilitation conférée par le Conseil à la Commission. Les comités sont l'expression du contrôle que le Conseil entend exercer sur les pouvoirs qu'il a attribués à la Commission, car l'habilitation risquerait, si cette procédure n'existait pas, de donner *un blanc-seing* à la Commission¹¹⁴⁶.

Le cas échéant, l'irrégularité de consultation de ces comités peut également constituer un moyen d'ordre public. Ainsi, le fait de ne pas donner à un comité de gestion le temps nécessaire à l'examen de la proposition de la Commission en violation des articles de

¹¹⁴² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Commission/Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, c-378/00, *Rec.* 2003 p. 937, § 58.

¹¹⁴³ C.J.C.E., arrêts du 7 décembre 1989, France/Commission, c-136/88, *Rec.* 1989, p. 4163, et du 29 mai 1997, France/Commission, c-69/94, *Rec.* 1997, p. 2599. Il faut préciser que le défaut de mention de la consultation du comité dans la décision peut constituer un autre cas de violation des formes substantielles, relatif à la motivation (C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1991, Sheptonhurst/Newham Borough Council, c-350/89, *Rec.* 1991, p. 2387).

¹¹⁴⁴ C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel/Köster, c-25/70, *Rec.* 1970, p. 1161. Voir à propos de la consultation d'un comité consultatif, l'arrêt de la Cour du 21 septembre 1989, Hoechst AG/Commission, affaires jointes 46/87 et 227/88, *Rec.* 1989 p. 2859, et l'arrêt du Tribunal, du 27 février 1992, Société d'hygiène dermatologique de Vichy/Commission, t-19/91, *Rec.* 1992, p. 415.

¹¹⁴⁵ Jean Boulouis et R.-M. Chevalier, *Grand arrêts ... précité*, T. II, p. 247.

¹¹⁴⁶ Vlad Constantinesco, *Compétence et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 355. Selon l'auteur, le rôle du comité de gestion garantit un examen préalable de l'action de la Commission par les représentants des Etats membres tout en réservant au Conseil, en cas de conflit, le soin de trancher en dernier ressort. Voir en ce sens Jean De Ruyt, *L'Acte unique européen*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, p. 137.

procédure prévus par le règlement intérieur, constitue une violation des formes substantielles¹¹⁴⁷.

Une précision doit être apportée en ce qui concerne les comités de gestion. Le fait que pareil comité ait été régulièrement saisi, mais n'ait pas donné d'avis ne peut constituer une violation des formes substantielles. Le comité qui a été régulièrement saisi sans donner suite à cette demande est supposé, par cette position passive, approuver l'acte de la Commission. Dans ce cas, la Commission est entièrement libre d'arrêter les mesures sous sa propre responsabilité, sans l'aval du Conseil¹¹⁴⁸. Seul l'avis lui-même, s'il est défavorable aux projets de mesures proposés par la Commission, peut entraîner des conséquences juridiques et affecter la légalité de la décision.

Ce constat ne vaut pas dans le cas où c'est la procédure de réglementation qui est mise en oeuvre. Si le comité de réglementation ne donne pas son avis et que la Commission prend les mesures d'application, ceci doit forcément entraîner l'annulation de l'acte adopté. En effet, contrairement à la procédure de gestion, l'absence d'un avis d'un comité de réglementation oblige la Commission, en vertu de l'article 5 de la décision « comitologie », à soumettre au Conseil la proposition des mesures à prendre. Si la Commission adopte ces mesures sans suivre cette voie, elle excède les limites des pouvoirs attribués par le Conseil, ce qui engendre forcément un cas d'incompétence de la Commission. L'acte sera donc, dans ce cas, entaché d'un vice d'incompétence et non pas de procédure.

¹¹⁴⁷ C.J.C.E., arrêt du 6 février 1986, Procureur de la République/Chiron, c-271/84, *Rec.* 1986, p. 529. Voir, pour un exemple plus clair, l'affaire *Allemagne/Commission*. Dans cette affaire, l'avis du comité permanent qui devait être recueilli avait été donné sans que les représentants permanents allemands aient reçu, en temps utile et dans leur propre langue, la proposition soumise au vote, malgré une demande formelle de la République fédérale d'Allemagne de reporter le vote. Ce faisant, la Cour a rejeté l'argument de la Commission qui soutenait qu'il ne s'agissait que d'un vice de forme mineur, étant donné que la version en langue anglaise avait été envoyée en temps utile et la version en langue allemande seulement avec un retard minime ; elle a annulé la décision pour violation des formes substantielles (arrêt de la Cour du 10 février 1998, *Allemagne/Commission*, c-263/95, *Rec.* 1998, p. 441).

¹¹⁴⁸ C.J.C.E., arrêt du 29 septembre 1987, Giménez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social et Tesorería General de la Seguridad Social, c-126/86, *Rec.* 1987, p. 3697. Voir en ce sens C.J.C.E., arrêts du 5 avril 1979, *Dulciora SpA/Amministrazione*, c-95/78, *Rec.* 1979, p. 1549, et du 6 juin 1990, *Weddel/Commission*, c-354/87, *Rec.* 1990, p. 3847.

C) La consultation de comités scientifiques ou techniques

Le droit communautaire permet de créer des comités scientifiques qui sont chargés d'apporter un soutien à la Commission lorsqu'elle s'apprête à prendre une décision qui repose sur des appréciations de caractère scientifique. Le rôle de ces comités est de garantir que les actes adoptés par la Commission aient un fondement scientifique.

Si le droit communautaire est muet sur le caractère obligatoire de la consultation de ces comités, il apparaît cependant, au vu de la jurisprudence de la Cour, que cette consultation est supposée être constitutive d'une forme substantielle lorsqu'elle s'avère nécessaire à la réalisation des objectifs scientifiques visés par les actes soumis à cette procédure. L'exemple principal en la matière est la consultation du comité « cosmétiques », créé par l'article 9 de la directive « cosmétiques » pour l'adaptation au progrès technique des directives visant à l'élimination des entraves techniques aux échanges dans le secteur des produits cosmétiques¹¹⁴⁹.

L'article 10 de la directive « cosmétiques » dispose que :

« 1. Dans le cas où il est fait référence à la procédure définie au présent article, le comité est saisi par son président soit à l'initiative de celui-ci, soit à la demande du représentant d'un État membre.

2. Le représentant de la Commission soumet au comité un projet de mesures à prendre. Le comité émet son avis sur ce projet dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question en cause. Il se prononce à la majorité de cinquante-quatre voix, les voix des États membres étant affectées de la pondération prévue à l'article 148 (devenu art. 205), paragraphe 2, du traité. Le président ne prend pas part au vote ».

¹¹⁴⁹ Directive n° 76/768/CEE, J.O.C.E. n° L 71 du 17 mars 1990, p. 40.

La question du caractère substantiel de la consultation de ce comité a été soulevée pour la première fois dans l'affaire *Angelopharm*¹¹⁵⁰. En l'occurrence, la Cour avait été saisie à titre préjudiciel pour statuer sur la validité de l'article 1^{er} de la douzième directive 90/121/CE de la Commission, du 20 février 1990, portant adaptation au progrès technique des annexes II, III, IV, V et VI de la directive « cosmétiques », en tant que cette disposition ajoute l'Alpha-Hydroxy-II-prégnène-4-dione-3,20 et ses esters à l'annexe II de cette dernière directive. Les requérants faisaient principalement valoir que le comité scientifique de cosmétologie devait être consulté, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la directive « cosmétiques », sur toutes les modifications apportées aux annexes II à VII de la directive et qu'il n'avait pas été consulté au sujet de l'inscription du 11 Alpha OHP et de ses esters à l'annexe II de la directive. Les défendeurs soutenaient pour leur part que l'article 8, paragraphe 2, de la directive n'impose la consultation du comité que si un État membre ou la Commission le demande.

La Cour a commencé par constater que les termes employés dans la directive ne déterminent pas le caractère obligatoire de la consultation de ce comité. Pour relever ce caractère, elle a préféré se référer au rôle que le comité joue dans le domaine d'application de la directive. *« L'élaboration et l'adaptation des règles communautaires en matière de produits cosmétiques reposent sur des appréciations de caractère scientifique et technique qui doivent être fondées sur les résultats les plus récents de la recherche internationale et qui sont souvent complexes (...); le comité scientifique a pour fonction d'aider les autorités communautaires sur les questions scientifiques et techniques afin de leur permettre de déterminer, en toute connaissance de cause, les mesures d'adaptation nécessaires (... et) de garantir que les mesures avaient un fondement scientifique, qu'elles tenaient compte de l'état le plus récent de la recherche scientifique et technique et que seules étaient édictées les interdictions nécessaires à la santé publique »*. Or, constata la Cour, ce rôle ne peut être rempli par d'autres organes : *« le comité pour l'adaptation au progrès technique des directives, qui est composé uniquement de représentants des États membres et de la Commission, n'est pas (...) en mesure de porter une telle appréciation. (...) Ce comité doit, dans les faits, en dehors de toute disposition prévue à cet effet, être assisté par des experts délégués par les États membres sur les questions scientifiques et techniques »*.

¹¹⁵⁰ C.J.C.E., arrêt du 25 janvier 1994, *Angelopharm/Freie und Hansestadt Hamburg*, c-212/91, *Rec.* 1994, p. 171.

La Cour a donc conclu que le rôle d'expert joué par le comité sur le plan de la réalisation des objectifs de la directive implique que la Commission ne puisse prendre ses décisions sans avoir recours à la consultation de ce comité dans les domaines régis par la directive : « *dans la mesure où la consultation du comité scientifique est destinée à assurer que les mesures prises au plan communautaire sont nécessaires et adaptées à l'objectif de protection de la santé humaine poursuivi par la directive "cosmétiques", cette consultation est donc obligatoire dans tous les cas* »¹¹⁵¹. Partant, elle constitue une formalité substantielle : « *la procédure d'adoption de la douzième directive a ainsi été entachée d'une irrégularité substantielle de nature à entraîner l'invalidité de la directive* »¹¹⁵².

En revanche, en ce qui concerne la consultation du comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé au travail, institué par la décision 74/325/CE du Conseil, du 27 juin 1974¹¹⁵³, la Cour n'a pas accepté que le défaut d'une telle consultation dans les matières prévues par le droit communautaire puisse constituer une violation des formes substantielles. Elle a déjà refusé tout rapprochement avec le comité « cosmétiques » en indiquant qu'il existe une différence majeure dans le rôle joué par ces deux comités. Selon la Cour, la consultation du comité consultatif pour la sécurité a pour seul objet *d'assister la Commission dans la préparation et la mise en oeuvre des activités dans les domaines de la sécurité, de l'hygiène et de la protection de la santé sur le lieu du travail*, et, partant, ne

¹¹⁵¹ La Cour a rejeté l'allégation de la Commission, selon laquelle la consultation du comité scientifique n'est nécessaire que lorsqu'il est envisagé d'autoriser l'usage d'une substance dans la fabrication de produits cosmétiques. La Cour a estimé que, d'une part, aucune disposition de la directive « cosmétiques » ne distingue selon que la mesure envisagée est une interdiction ou une autorisation d'utilisation de la substance ; d'autre part, la Commission ne saurait, sans méconnaître les dispositions de la directive, interdire l'usage d'une substance qui, compte tenu des résultats de la recherche scientifique et technique la plus récente, pourrait être regardée comme ne présentant aucun danger (§ 37).

¹¹⁵² Pour découvrir le caractère obligatoire de cette consultation, la Cour s'est également fondée sur les termes de la directive 93/35/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, modifiant pour la sixième fois la directive 76/768/CEE « cosmétiques » : « *dans sa nouvelle rédaction, l'article 8, paragraphe 2, de la directive "cosmétiques" exige, sans autre précision, la consultation du comité scientifique, si bien qu'il est clair que cette formalité est obligatoire* » (§ 39).

¹¹⁵³ J.O.C.E., n° L 185 du 9 juillet 1974, p. 15.

constitue pas un préalable à l'action du Conseil¹¹⁵⁴. La Cour n'a pas jugé que la consultation de ce comité technique s'imposait pour des considérations tenant à l'objectif de protection de la santé au travail. En réalité, ce comité n'est ni doté d'attributions spécifiques dans le domaine considéré, ni d'un haut degré d'expertise, comme c'est le cas du comité « cosmétiques », de sorte qu'il n'est pas particulièrement à même de contribuer utilement au processus d'adoption envisagé. Ce n'est que dans ce dernier cas que le défaut de consultation d'un comité scientifique ou technique pourrait constituer la violation d'une forme substantielle.

Ainsi, le caractère substantiel de la consultation de ces comités dépend principalement du rôle déterminant qu'ils peuvent jouer dans le cadre du processus législatif. Leur consultation ne constitue une forme substantielle que lorsqu'ils sont amenés par cette consultation à fournir au Conseil l'assistance technique indispensable pour les décisions à prendre dans les matières qui relèvent de leur compétence.

D) La consultation de la Banque centrale européenne

En vertu de l'article 105, paragraphe 4, du traité CE, la BCE est consultée :

« — sur tout acte communautaire proposé dans les domaines relevant de sa compétence ;
— par les autorités nationales, sur tout projet de réglementation dans les domaines relevant de sa compétence, mais dans les limites et selon les conditions fixées par le Conseil conformément à la procédure prévue à l'article 107, paragraphe 6 ».

La question relative à la nature de la consultation de la BCE en vertu de l'article précédent n'a été soulevée devant la Cour de justice qu'une seule fois, récemment, à l'occasion de l'affaire *Commission/BCE*¹¹⁵⁵. Dans le cas d'espèce, la Commission avait demandé l'annulation de la

¹¹⁵⁴ C.J.C.E., arrêt du 12 novembre 1996, Royaume-Uni/Conseil, c-84/94, *Rec.* 1996, p. 5755.

¹¹⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 2003, *Commission/BCE*, c-11/00, *Rec.* 2003, p. 7147.

décision 1999/726/CE de la Banque centrale européenne, du 7 octobre 1999, relative à la prévention de la fraude¹¹⁵⁶ en ce qu'elle aurait enfreint le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)¹¹⁵⁷. La BCE souleva une exception d'illégalité du règlement, fondée sur le fait qu'elle n'avait pas été consultée avant que le Conseil et le Parlement l'adoptent.

En répondant à cette exception, la Cour, suivant les conclusions de son avocat général¹¹⁵⁸, a estimé que la consultation de la BCE ne constituait une formalité substantielle que dans le cas où serait envisagée l'adoption d'un acte relatif à un domaine relevant des compétences de la BCE¹¹⁵⁹. La Cour a indiqué que le but d'une telle consultation est d'assurer que le Conseil ne puisse procéder à l'adoption des actes précisés par les articles 105 et 106 du traité CE qu'une fois entendue la BCE qui, de par les attributions spécifiques qu'elle exerce dans le domaine considéré et de par le haut degré d'expertise dont elle jouit, est particulièrement à même de contribuer utilement au processus d'adoption envisagé. Le statut de la BCE est ainsi assimilé à celui d'un organe d'expertise, comme c'est le cas de la plupart des comités institués par le droit communautaire.

¹¹⁵⁶ J.O.C.E. n° L 291 du 12 novembre 1999, p. 36.

¹¹⁵⁷ J.O.C.E. n° L. 136 du 31 mai 1999, p. 1.

¹¹⁵⁸ Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'avocat général a estimé que « nous sommes conforté dans cette opinion par les travaux préparatoires relatifs à l'article 105, paragraphe 4, CE. Le projet de traité modifiant le traité instituant la Communauté économique européenne, qui a été présenté par la Commission en 1991, prévoyait la consultation de la BCE sur « tout projet de législation communautaire [...] concernant la monnaie, le contrôle prudentiel, les questions bancaires ou financières ». Dans l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de traité, la Commission indiquait que sa proposition « entitles the [ECB] to be consulted by [...] the Commission [...] regarding any draft legislation [...] in the fields within its competence ». Il nous semble dès lors que l'on peut raisonnablement admettre que, en faisant référence, à l'article 105, paragraphe 4, CE, aux « domaines de [...] compétence » de la BCE, les rédacteurs du traité n'ont pas entendu donner à cette expression un autre sens ; cette déduction est en outre cohérente avec les autres travaux préparatoires du traité sur l'Union européenne » (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Banque centrale européenne*, arrêt du 3 octobre 2002, c-11/00, *Rec.* 2003, p. 7147, § 138).

¹¹⁵⁹ Plus précisément, ce sont les questions couvertes par l'article 105, § 2 (politique monétaire, opérations de change, gestion des réserves étrangères et des systèmes de paiement), par l'article 105, §§ 5 et 6 (contrôle prudentiel) et par l'article 106 du traité CE (émission de billets et de pièces).

Dans le cas d'espèce, celui de la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté, dans lequel la BCE ne s'est pas vue attribuer des missions spécifiques, la Cour a décidé que le défaut de consultation de la Banque ne constituait pas une violation des formes substantielles.

La BCE avait aussi invoqué le principe d'équilibre institutionnel en soutenant qu'il impliquait que, dans le cas où le projet de règlement affecterait l'organisation interne de la B.C.E., celle-ci devait obligatoirement être appelée à donner son avis. La Cour a catégoriquement rejeté ce moyen en affirmant que : « *la circonstance que le règlement n° 1073/1999 est susceptible d'affecter l'organisation interne de la BCE ne permet pas de singulariser cette dernière par rapport aux autres institutions, organes ou organismes institués par les traités* »¹¹⁶⁰.

On peut donc conclure que la consultation de la BCE constitue une forme substantielle lorsque le Conseil entreprend un acte relatif à l'une des matières qui relèvent de la première. En dehors de ce cadre, la consultation de la BCE devient facultative et son défaut ne peut en aucun cas constituer un moyen d'ordre public.

Pour terminer, on notera que cette consultation n'est clairement d'ordre public que lorsqu'elle incombe au Conseil. La consultation de la BCE par des autorités nationales, en vertu de l'article 105, paragraphe 4, alinéa 2, du traité CE, ne relève certainement pas des formes substantielles du droit communautaire, car elle ne précède pas l'élaboration d'actes communautaires, mais seulement celle d'actes nationaux qui, à leur tour, ne pourront pas faire l'objet d'un contrôle direct de la Cour de justice.

¹¹⁶⁰ L'avocat général partageait la même opinion. Il estimait que si un tel principe général existait, le « législateur » communautaire ne serait pas tenu d'engager des consultations formelles ; il serait seulement obligé d'associer la BCE en lui offrant la possibilité d'exprimer son point de vue en temps utile avant l'adoption des mesures concernées (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Banque centrale européenne*, précité, *Rec.* 2003, p. 7147, § 144).

§ 3. Le défaut de consultation des Etats membres

L'obligation de consultation, qui relève des formalités substantielles en droit communautaire, ne se limite pas à la consultation des institutions ou des organes communautaires, mais elle peut comprendre aussi une procédure de consultation d'un Etat membre. Ainsi, l'obligation imposée à la Commission, avant la prise de sa décision en matière du contrôle de financement des actions de formation, d'inviter l'Etat membre concerné à présenter ses observations constitue, selon la Cour de justice, une forme substantielle et sa violation procure la base d'un moyen d'ordre public communautaire¹¹⁶¹.

En l'espèce, cette obligation découlait de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 2950/83 du Conseil, du 17 octobre 1983¹¹⁶², portant application à (*sic*) la décision 83/516/CE de la même date concernant les missions du Fonds social européen, qui prévoyait que, lorsque le concours du Fonds n'est pas utilisé dans les conditions fixées par la décision d'agrément, la Commission peut suspendre, réduire ou supprimer ce concours après avoir donné à l'Etat membre concerné l'occasion de présenter ses observations. La Cour a justifié le caractère substantiel de cette consultation par l'importance du rôle des Etats membres pour l'accomplissement des objectifs de la Communauté dans ce domaine : « *eu égard à son rôle central et à l'importance des responsabilités qu'il assume dans la présentation et le contrôle du financement des actions de formation, la possibilité pour l'Etat membre concerné de présenter ses observations préalablement à l'adoption d'une décision définitive de réduction constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité des décisions attaquées* »¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ C.J.C.E., arrêt du 7 mai 1991, Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA./Commission, c-304/89, *Rec.* 1991, p. 2283. Voir également, pour la même jurisprudence, les arrêts de la Cour du 4 juin 1992, Infotec/Commission, c-157/90, *Rec.* 1992, p. 3525, et du 16 novembre 2000, Sarrió/Commission, c-291/98, *Rec.* 2000, p. 9991.

¹¹⁶² J.O.C.E. n° L 289 du 22 octobre 1983, p. 1.

¹¹⁶³ *Ibid.*, § 21. On peut également ajouter que le règlement n° 2950/83 du Conseil, du 17 octobre 1983, impose beaucoup d'obligations à la charge de l'Etat membre, ce qui centralise le rôle joué par ce dernier dans cette procédure. Ainsi, en vertu de l'article 6, § 2, « *les sommes versées qui n'ont pas été utilisées dans les conditions fixées par la décision d'agrément donne lieu à une répétition dont l'Etat membre intéressé est subsidiairement responsable du remboursement des sommes indûment versées pour des actions auxquelles s'applique la garantie*

L'importance de l'accomplissement de cette formalité réside effectivement dans le fait qu'elle ouvre deux voies différentes à l'Etat membre concerné : les autorités nationales compétentes peuvent *soit* accepter les décisions de réduction du concours financier et les communiquer aux promoteurs du projet, *soit* les contester. En cas de contestation, une nouvelle phase de concertation s'engage entre les services du Fonds et les autorités nationales, à l'issue de laquelle les décisions sont confirmées ou modifiées et deviennent définitives par leur notification aux promoteurs des projets¹¹⁶⁴. Ainsi, l'Etat membre apparaît non seulement comme un intermédiaire obligé, mais aussi comme une autorité qui occupe dans toute la procédure prévue par le règlement une place centrale en raison de l'importance de son engagement et de ses responsabilités¹¹⁶⁵.

Il faut observer que ce cas d'espèce est le seul à avoir été relevé par la Cour de justice comme constitutif d'une forme substantielle. Il n'existe pas, en effet, d'autre forme de consultation des Etats membres, prévue par le droit communautaire, qui ait été considérée comme substantielle. Ainsi, bien que le regrettant, la consultation des Etats membres par la Commission, dans le cadre de l'application de l'accord d'association entre la Communauté et la Turquie, afin d'être autorisée à engager des fonds au titre de l'aide spéciale, ne constitue pas une forme substantielle, puisque ce n'est qu'une faculté pour la Commission qui est seule compétente pour définir les modalités de l'utilisation de l'aide et pour approuver des projets concrets¹¹⁶⁶.

visée à l'article 2, paragraphe 2, de la décision 83/516 ». De plus, en vertu de l'article 5, § 4 : « *l'Etat membre certifie l'exactitude factuelle et comptable des indications contenues dans les demandes de paiement* ».

¹¹⁶⁴ En effet, dans le cadre de la procédure de financement par le Fonds social européen, les relations financières s'établissent, d'une part, contre la Commission et l'Etat membre concerné et, d'autre part, entre cet Etat membre et l'institution bénéficiaire du concours financier (C.J.C.E., arrêt du 15 mars 1984, EISS/Commission, c-310/81, *Rec.* 1984, p. 1341).

¹¹⁶⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Estabelecimentos Isodoro M. Oliveira SA./Commission*, précité, c-304/89, *Rec.* 1991, p. 2283, sp. p. 2295.

¹¹⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1989, Grèce/Commission, c-30/88, *Rec.* 1989, p. 3711.

*

*

*

Contrairement donc à la consultation du Parlement, qui constitue en tout état de cause une formalité substantielle, on voit que la situation pour les autres organes communautaires n'est pas uniforme. A l'exception du Comité de gestion et du Comité économique et social, il est nécessaire chaque fois, pour connaître le caractère d'ordre public de la consultation des autres organes, que la Cour examine le rôle que cet organe exerce dans le processus de législation. Il ne s'agit d'une forme substantielle que lorsque l'absence de cette consultation peut avoir une incidence sur le contenu de l'acte. C'est le cas notamment quand cet organe joue le rôle d'expert, comme on vient de voir pour la BCE et les comités scientifiques. La consultation des Etats membres suit le même principe ; elle ne constitue une forme substantielle comme on dans le cas du fonds social européen, que lorsque son omission a risqué d'affecter d'une manière pertinente l'orientation législative.

Sous-section 2. L'irrégularité dans la procédure de codécision ou d'avis conforme

La procédure qui a permis au Parlement européen de jouer un vrai rôle dans le processus législatif est celle de *l'avis conforme*, introduite par l'Acte unique européen¹¹⁶⁷ et élargie à de nouveaux domaines par le traité sur l'Union européenne¹¹⁶⁸. L'avis conforme confère au Parlement un vrai pouvoir de « veto législatif »¹¹⁶⁹, dans la mesure où l'avis favorable du Parlement, requis avant l'adoption de l'acte, est un avis obligatoire pour le Conseil, qui sera tenu d'adopter l'acte conformément à celui-ci¹¹⁷⁰. Ainsi, l'avis conforme se présente comme une catégorie spéciale de la procédure de consultation en raison de sa portée impérative¹¹⁷¹.

Une procédure analogue, mais plus compliquée et ayant un domaine plus large, a été instaurée par le traité de Maastricht : celle de la *codécision*. Cette procédure a été insérée sous l'article 251 du traité CE. Elle s'inspire largement de la procédure de coopération : les étapes dans les deux procédures se ressemblent, mais à la différence de la précédente, la procédure de codécision veut que, si le Conseil n'accepte pas l'avis défavorable du Parlement sur la position commune, un comité de conciliation réunissant les membres du Conseil ou leurs représentants et autant de représentants du Parlement ait pour mission d'aboutir à un accord

¹¹⁶⁷ Les domaines d'avis conforme prévus par l'Acte unique européen sont les actes relatifs à la conclusion des accords créant une association internationale « caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières » (art. 310 CE), les actes qui confient à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers (art. 105, § 6, CE), la modification de certaines dispositions des statuts de la S.E.B.C. (art. 107, § 5, CE), la définition des missions, les objectifs prioritaires et l'organisation des fonds à finalité structurelle (art. 161 CE) et l'adoption de la procédure à suivre pour élaborer des projets permettant l'élection du Parlement européen au suffrage national (art. 190 CE).

¹¹⁶⁸ Le traité sur l'Union européenne a ajouté aux domaines d'avis conforme les actes relatifs à l'adhésion des nouveaux Etats membres (art. 49 UE) et les actes relatifs la constatation de l'existence d'une violation grave et persistante par un Etat membre des principes énoncés à l'article 6, § 1^{er} (art. 7 UE). Le traité de Nice a ajouté aux domaines d'avis conforme prévus par le traité CE, l'autorisation par le Conseil aux Etats membres de procéder à une coopération renforcée (art. 11).

¹¹⁶⁹ Kieran et C. Bradley, « La transparence de l'Union européenne », *C.D.E.*, 1999, p. 305. Voir en ce sens : Jean-Paul Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 349 ; Guy Isaac et Marc Blanquet, *Droit communautaire général*, 8^e éd., Paris, A. Collin, 2001, p. 79.

¹¹⁷⁰ Si le Conseil ne veut pas se conformer à l'avis du Parlement, il n'a qu'à choisir de ne pas adopter l'acte.

¹¹⁷¹ Christian Roblin, « Les avis conformes » in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, études coordonnées par Georges Dupuis, Paris, Economica, 1979, p. 82.

sur un projet commun, à la majorité qualifiée des membres du Conseil ou de leurs représentants et à la majorité des représentants du Parlement européen¹¹⁷².

Ces deux procédures constituent le développement de la procédure de la simple consultation et de la procédure de coopération mais, contrairement à ces dernières, il est plus discutable de les considérer comme constituant des formes substantielles de l'acte communautaire. La participation du Parlement européen à ces deux procédures en fait véritablement le coauteur des actes adoptés suivant ces procédures. Il ne s'agit pas ainsi d'une formalité. Toutefois, la Cour de justice n'hésite pas à soulever d'office toute irrégularité de ces procédures par le biais d'un moyen relatif à la violation de formes substantielles¹¹⁷³. Il convient donc d'examiner de manière approfondie la nature exacte de ce moyen, à la lumière des arrêts de la Cour et au regard du rôle attribué au Parlement dans ces procédures.

§ 1^{er}. La procédure de codécision

Les termes employés par la Cour pour justifier le caractère substantiel de la procédure de consultation du Parlement sont très généraux ; ils n'apportent pas de précision sur le contexte procédural dans lequel cette consultation est requise, de sorte qu'ils peuvent laisser entendre que la Cour veut attribuer cette qualité à toute forme de consultation du Parlement prévue par le traité : « *la consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné* »¹¹⁷⁴. Cependant, on a pu relever que tous les arrêts dans lesquels cette constatation a été prononcée, sont relatifs à des litiges où c'est soit le défaut, soit l'irrégularité d'une pure consultation ou de la procédure de coopération qui a été mise en cause par les requérants. Ce qui laisse donc

¹¹⁷² Plusieurs dispositions du traité CE prévoient la procédure de codécision comme condition d'adoption de certains actes : les articles 12, 13, 18, 40, 42, 44 § 1^{er}, 46 § 2, 47 § 1^{er} et 2, 67, 71 § 1^{er}, 95, 129, 135, 137 § 2, 141, 148, 149 § 4, 150 § 4, 151 § 5, 152 § 4, 153 § 4, 156, 157 § 3, 159 § 3, 162 § 1^{er}, 166 § 1, 172 § 2, 175 § 1^{er}, 179 § 1, 191 § 2, 255 § 2, 280 § 4, 285 § 1^{er}, 286 § 2.

¹¹⁷³ C'est pourquoi nous avons été amené à l'étudier dans la partie consacrée aux formes substantielles.

¹¹⁷⁴ C.J.C.E., arrêt du 30 mars 1995, Parlement/Conseil, c-65/93, *Rec.* 1995, p. 643, § 10.

sans réponse la question de la nature de la procédure de la participation du Parlement à la procédure de codécision.

Il convient de relever que cette question n'a été examinée par la Cour que dans le cadre du contrôle du choix de la base juridique des actes communautaires. La concurrence des bases juridiques a donné lieu à de nombreuses affaires opposant les institutions entre elles¹¹⁷⁵. En effet, l'application de la procédure de codécision dépend totalement du choix de la base juridique opéré par le Conseil qui peut, par ce choix, écarter pratiquement le Parlement du processus de la décision, en limitant son rôle à un simple avis. Ce constat apparaît clairement dans les conclusions de l'avocat général Saggio, dans l'affaire *EISA* : « *l'article 235 (devenu article 308 CE) prévoit une simple consultation du Parlement et une délibération à l'unanimité du Conseil ; l'article 100 A (devenu article 95 CE), quant à lui, dispose que le Conseil statue selon les modalités de la procédure de codécision, ce qui, conformément aux dispositions de l'article 189 B (devenu article 251 CE), implique non seulement une participation plus importante du Parlement au processus d'adoption de l'acte mais également un vote à majorité qualifiée. Il est dès lors évident que, dans ces conditions, le choix de la base juridique a une incidence sur le processus de formation de l'acte et peut de ce fait se répercuter sur le contenu de cet acte* »¹¹⁷⁶.

Il est de jurisprudence constante que le choix de la base juridique constitue un élément essentiel de forme qui doit apparaître dans l'acte : « *en arrêtant ces règlements sur le fondement de l'article 43 (devenu article 37 CE), alors que l'article 130 S (devenu article 175 CE) constituait pour ce faire la base juridique appropriée, le Conseil a commis une violation des formes substantielles et porté atteinte aux prérogatives du Parlement, de sorte que lesdits règlements doivent être annulés* »¹¹⁷⁷. La définition de la base juridique correcte de l'acte représente davantage qu'un élément purement formel. *Elle sert en fait à préciser quelle*

¹¹⁷⁵ Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, précité, p. 100.

¹¹⁷⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/Conseil*, arrêt du 18 décembre 1999, c-209/97, *Rec.* 1999, p. 8067, sp. p. 8069.

¹¹⁷⁷ C.J.C.E., arrêt du 25 février 1999, *Parlement/Conseil*, c-164/97, *Rec.* 1999, p. 1139, § 20.

*procédure devait être suivie en l'espèce, du point de vue tant du rôle incombant aux différentes institutions qui interviennent dans le processus législatif, que des différentes majorités requises pour l'adoption de l'acte*¹¹⁷⁸.

La question à laquelle on doit forcément répondre est de savoir si cette jurisprudence est une reconnaissance tacite que le défaut d'application de la procédure de codécision constitue une violation de formes substantielles. En réalité, la réponse à cette question n'est pas seulement difficile mais également très ambiguë. On doit tout d'abord noter que le choix de la base juridique n'est pas toujours une forme substantielle ; il ne l'est que lorsque ce choix a pu avoir une incidence directe sur le contenu de l'acte¹¹⁷⁹, et notamment lorsqu'il peut affecter la procédure à suivre pour l'élaboration de l'acte. Ce cas recouvre deux éventualités : 1) lorsque le choix de la base juridique implique la mise en oeuvre de différentes procédures de consultation du Parlement ; 2) lorsque ce choix peut influencer les règles de vote au sein du Conseil¹¹⁸⁰. Le choix de la base juridique n'est donc pas une formalité qui est protégée en tant que telle, comme pour la plupart des formes substantielles, mais en raison d'autres vices de procédures substantielles qu'elle entraîne. Le caractère substantiel de cette forme est directement imputable au vice de procédure né grâce au choix erroné de la base juridique, et non pas au choix lui-même.

Nous croyons pouvoir soutenir que, dans ce cas, il ne s'agit pas d'une question relative à la violation des formes substantielles, mais d'une incompétence¹¹⁸¹. Il est manifeste qu'en plus

¹¹⁷⁸ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire Commission/Conseil, arrêt du 18 décembre 1999, c-209/97, *Rec.* 1999, p. 8067, § 2.

¹¹⁷⁹ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, c-491/01, *Rec.* 2002, p. 11453.

¹¹⁸⁰ Par exemple, dans l'affaire *Royaume-Uni/Conseil*, la Cour a bien montré que le choix de la base juridique est une formalité substantielle et qu'elle n'est pas purement formelle dès lors que les articles relatifs à la prise de décision comportent des règles différentes pour la formation de la volonté du Conseil (choix entre majorité simple et unanimité), et que le choix de la base juridique est donc susceptible d'avoir des retombées sur la détermination du contenu de l'acte (C.J.C.E., arrêt du 23 février 1988, *Royaume-Uni/Conseil*, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 855).

¹¹⁸¹ La majorité de la doctrine européenne considère le Parlement comme le colégislateur du Conseil dans la procédure de codécision (voir Claude Blumann, *précité*, p. 56, et Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, *précité*, p. 139).

des cas relatifs aux vices de procédure, le choix de la base juridique peut couvrir une question d'incompétence, puisque la base juridique constitue, en principe, le fondement des compétences et des pouvoirs des institutions¹¹⁸². Ce n'est qu'en vertu des dispositions prévues par les traités que celles-ci peuvent agir¹¹⁸³. La base juridique conditionne également la compétence de la Communauté vis-à-vis des Etats membres¹¹⁸⁴. Le recours à une base juridique erronée est donc susceptible d'invalidier l'acte lui-même et, partant, de vicier, par exemple, le consentement de la Communauté à être liée par un accord auquel elle a souscrit¹¹⁸⁵ ; tel est le cas, notamment, lorsque le traité ne confère pas à la Communauté une compétence suffisante pour ratifier un accord dans son ensemble¹¹⁸⁶.

Dans le cas où la Cour examine une question relative à un choix de la base juridique qui aurait écarté l'application d'une procédure de codécision, elle ne fait, en effet, qu'apprécier la compétence du Conseil. Le moyen relatif au choix de la base juridique n'est ainsi qu'un moyen relatif à l'incompétence. Ceci peut être confirmé par l'analyse de la nature de la procédure de codécision. En effet, la procédure de codécision constitue un vrai partage de compétence. La procédure complexe de codécision dépasse une simple formalité, ou un avis obligatoire. Le Conseil est tenu, dans le cadre de cette procédure, de se conformer à l'opinion du Parlement. En cas de désaccord, c'est un comité de conciliation, auquel participe le Parlement, qui est chargé d'adopter l'acte. Ceci implique que la compétence d'adopter l'acte, dans ce cadre, appartient au Conseil et au Parlement à la fois : le Conseil ne peut, en effet, adopter les actes soumis à cette procédure qu'avec la participation du Parlement, par le biais d'un avis favorable ou en appliquant la procédure du comité de conciliation. Même si le

¹¹⁸² Ainsi, le choix de la base juridique ne conditionne pas seulement la nature de l'acte, mais aussi son contenu et sa procédure d'adoption (Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 160).

¹¹⁸³ Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, précité, p. 98.

¹¹⁸⁴ C'est pour cette raison que la Cour lui a reconnu une importance de nature constitutionnelle (avis de la Cour du 6 décembre 2000, Protocole de Cartagena, avis 2/00, *Rec.* 2001, p. 9713).

¹¹⁸⁵ Le choix ne peut dépendre de la seule conviction de l'institution. Il doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel et notamment sur le but et le contenu de l'acte (C.J.C.E., arrêt du 4 avril 2000, Commission/Conseil, c-269/97, *Rec.* 2000, p. 2257, et arrêt du 28 mai 1998, Parlement/Conseil, c-22/96, *Rec.* 1998, p. 3231).

¹¹⁸⁶ Avis de la Cour du 6 décembre 2000, Protocole de Cartagena, avis 2/00. *Rec.* 2001, p. 9713 ; arrêt de la Cour du 9 juillet 1987, Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni/Commission, c-281/85, *Rec.* 1987, p. 3203.

déroulement de cette procédure ne place pas les deux institutions sur pied de parfaite égalité¹¹⁸⁷, l'acte soumis à cette procédure est un acte qui doit être signé au nom de ces deux institutions, ce qui ne laisse pas de doute sur la compétence réelle que le Parlement détient.

Le pouvoir que détient le Parlement européen en vertu de la procédure de codécision ne pourrait être assimilé à une simple « prérogative » comme le droit d'être consulté : il constitue un droit, une compétence, même si le traité ne l'appelle pas ainsi. Au contraire, la procédure de simple consultation ou de coopération ne confère pas une vraie participation au pouvoir normatif au Parlement¹¹⁸⁸, puisque ce dernier ne donne pas, dans le cadre de cette procédure, des avis contraignants. À la différence de la procédure de codécision, il n'y a pas recherche d'un accord sur un projet commun ; la simple consultation n'exige à aucun moment une rigoureuse adéquation entre le texte sur lequel le Parlement donne son avis et celui qui résulte des travaux du Conseil¹¹⁸⁹. C'est une formalité dont le but est de permettre au Parlement de participer officiellement au « processus législatif » sans qu'elle puisse avoir des conséquences juridiques obligatoires sur le contenu de l'acte¹¹⁹⁰.

La lecture approfondie des arrêts de la Cour laisse entendre que le défaut d'application de la procédure de codécision dans les cas prévus par le traité entache l'acte adopté d'un vice d'incompétence. On se base principalement sur les termes employés par la Cour dans les affaires traitant cette procédure : « *le Parlement fait valoir que la décision litigieuse devrait être annulée, du moins partiellement, pour incompétence et détournement de pouvoir en ce qui concerne l'adoption de son article 2, paragraphe 2. Selon le Parlement, la portée de cette*

¹¹⁸⁷ En raison des règles de majorité assez strictes au sein du Parlement européen pour voter des amendements ou pour s'opposer à la position commune du Conseil (Claude Blumann, *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 68).

¹¹⁸⁸ Il faut noter qu'en droit français les avis obligatoires, selon la majorité de la doctrine, constituent une collaboration effective à la décision (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, précité, T. II, p. 505. Voir également René Hostiou, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 505 ; Christian Debouy, précité, p. 57).

¹¹⁸⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Parlement/Conseil*, c-417/93, *Rec.* 1995, p. 1104.

¹¹⁹⁰ Ce constat n'est pas partagé par E. Noël, qui estime qu'en matière de procédure de coopération, le Parlement devient partie intégrante de l'autorité législative, avec le Conseil et la Commission (E. Noël, « Le Parlement face au Conseil », in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, précité, p. 116).

disposition n'est pas suffisamment restreinte, si bien qu'elle constitue une réserve de compétence en faveur du Conseil en méconnaissance des droits d'intervention du Parlement dans la procédure législative »¹¹⁹¹. Dans certains cas, on voit que la Cour a expressément examiné, sous le titre de l'analyse de la compétence, la question du pouvoir du Conseil de modifier un acte qui a été pris conjointement par le Parlement et le Conseil sans se référer à la procédure de codécision¹¹⁹².

On peut donc conclure que le moyen relatif à l'irrégularité de la participation du Parlement à la procédure de codécision, soit dans le contentieux du choix de la base juridique, soit lorsqu'il est invoqué comme tel, ne peut être fondé que sur l'incompétence du Conseil à adopter lesdits actes sans la participation du Parlement. Peut également fonder un moyen d'ordre public relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte, le fait que le Conseil, pour l'adoption d'un acte régi par la procédure de codécision, n'ait requis que le simple avis du Parlement, puisque le Conseil, dans ce cas, enlève au Parlement une vraie compétence en la remplaçant par une simple formalité. Cependant, dans le cas contraire, lorsque le Conseil met en oeuvre une procédure de codécision pour un acte dont l'adoption ne nécessitait qu'un simple avis du Parlement, il n'y aura pas de vice d'incompétence. Cette question n'a jamais été évoquée qu'une seule fois devant la Cour de justice, à l'occasion de l'affaire *British American Tobacco*¹¹⁹³. Le gouvernement allemand contestait le fait que l'acte litigieux ait été adopté suivant la procédure de codécision prévue par l'article 95 du traité CE au lieu d'avoir été soumis à une simple consultation du Parlement conformément à l'article 133 du traité CE qui, selon le requérant, constituait la base juridique appropriée de l'acte litigieux. La Cour n'a pas, cependant, répondu à cette question, notamment après avoir constaté que l'acte en cause ne constituait pas un acte qui devait être adopté sur le fondement de l'article 133 CE.

Nous estimons, cependant, que ce cas ne relève pas de l'incompétence du Conseil ou du Parlement. Nous rejoignons l'avis de l'avocat général dans cette affaire, qui estimait

¹¹⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 28 mai 1998, Parlement/Conseil, c-22/96, *Rec.* 1998, p. 3231.

¹¹⁹² C.J.C.E., arrêt du 2 octobre 1997, Parlement/Conseil, c-259/95, *Rec.* 1997, p. 5303.

¹¹⁹³ C.J.C.E., arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco e.a.*, c-491/01, *Rec.* 2002, p. 11453.

que la mise en oeuvre de la procédure de codécision, dans ce cas, ne porte atteinte à un quelconque intérêt. Selon lui, c'était la procédure la plus exigeante qui avait été suivie et c'est elle qui permettait de tenir compte du plus grand nombre d'intérêts possibles. S'il est en droit communautaire une procédure qui vise à garantir un équilibre optimal entre les pouvoirs, c'est la procédure de codécision¹¹⁹⁴.

§ 2. L'avis conforme du Parlement européen

Traditionnellement, l'avis conforme se situe à la frontière de la procédure de consultation et de la compétence. Il est certain que les avis conformes possèdent une force plus contraignante que celle de l'avis obligatoire, car l'autorité qui sollicite l'avis doit s'y conformer¹¹⁹⁵. L'exigence d'un avis conforme implique que le titulaire du pouvoir normatif soit obligatoirement tenu de susciter la manifestation de la volonté de l'organe consultatif et qu'il soit obligé de suivre cette dernière¹¹⁹⁶. Certains auteurs de droit interne ou de droit communautaire sont allés jusqu'à soutenir que l'avis conforme est une forme de partage du pouvoir de la décision en raison de son effet contraignant. Comme Christian Roblin l'a affirmé, « *attribuer à l'autorité consultée un droit de veto ou de consentement transfère à cet organe un pouvoir essentiel de décision* »¹¹⁹⁷. De même, pour Ami Barav, l'avis conforme est un pouvoir de codécision instauré par l'acte unique européen¹¹⁹⁸.

Si la question de la nature de l'avis conforme dans le cadre du traité CE n'a pas été traitée expressément par la Cour, cependant il existe en droit de la CECA une jurisprudence

¹¹⁹⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire British American Tobacco e.a., c-491/01, *Rec.* 2002, p.11470, § 179.

¹¹⁹⁵ Danièle Quinty et Gilles Joly, « Parlement européen et nationaux et fonction législative », *R.D.P.*, 1991, p. 402.

¹¹⁹⁶ René Hostiou, *précité*, p. 29.

¹¹⁹⁷ Christian Roblin, « Les avis conformes », *précité*, p. 83.

¹¹⁹⁸ Ami Barav, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, P.U.F., 1993, p. 128.

abondante en la matière : les dispositions qui exigeaient l'avis conforme du Conseil étaient très nombreuses dans le cadre de ce traité.

De cette jurisprudence, il se déduit que le défaut de recueillir l'avis conforme du Conseil constituait, en principe, une violation d'une formalité substantielle : « *aux termes de l'article 53 B), du traité, la Haute Autorité peut, sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité, instituer elle-même des mécanismes financiers (...); s'agissant d'une disposition qui prévoit des conditions de formes substantielles pour la validité de certaines décisions, on ne saurait en étendre l'application* »¹¹⁹⁹. Il s'en déduit aussi que si la Haute Autorité (ou la Commission qui lui a succédé) ne pouvait prendre l'acte communautaire sans l'aval du Conseil, ce dernier n'en devenait pas pour autant un co-auteur de l'acte. L'avis conforme se limite ainsi à une simple prérogative du Parlement. Le moyen fondé sur le défaut de cet avis n'est pas un moyen d'ordre public relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte, mais un moyen tiré de la violation des formes substantielles¹²⁰⁰.

Dans le domaine du droit de la CE, on ne peut soutenir sur la nature de l'avis conforme une position différente de celle qui était adoptée en droit de la CECA, même si la jurisprudence de la Cour est muette à ce sujet. Le Conseil occupait en effet, dans le schéma institutionnel de la CECA, une place identique à celle du Parlement européen dans le traité CE. Le statut juridique accordé par le juge communautaire à ces deux institutions est présumé semblable ;

¹¹⁹⁹ C.J.C.E., arrêt du 13 juillet 1965, Société des aciéries du Temple/Haute Autorité, c-39/64, *Rec.* 1965, p. 937, sp. p. 952. Voir également l'arrêt de la Cour du 13 juillet 1965, Mannesmann/Haute Autorité, c-37/64, *Rec.* 1965, p. 893. Voir de même, après que la Commission se soit substituée à la Haute Autorité : C.J.C.E., arrêt du 7 juillet 1982, Klöckner-Werke AG/Commission, c-119/81, *Rec.* 1982, p. 2627 : « *l'obtention, par la Commission, de l'avis conforme du Conseil à l'effet d'instaurer un régime de quotas de production en vertu de l'article 58 du traité CECA constitue l'une des formalités substantielles prescrites par ce traité, à peine de nullité* ». Voir encore l'ordonnance de la Cour du 10 août 1987, Assider/Commission, c-223/87, *Rec.* 1987, p. 3473 ; arrêts du Tribunal du 24 octobre 1997, British Steel/Commission, t-243/94, *Rec.* 1997, p. II-1887, et du 15 février 1996, Belhanbel/Commission, t-125/95, *Rec.* 1996, p. II-115.

¹²⁰⁰ Cette position contredit la position adoptée par la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises, qui considère que l'avis conforme est une vraie participation au pouvoir de décision. Selon Chapus, dans ce cas, l'organisme consultatif est le plus étroitement associé à l'exercice du pouvoir de décision puisque l'exigence d'un avis conforme signifie pratiquement que la décision projetée ne peut être prise qu'avec l'accord de l'organisme consultatif ; il y a ici un partage de pouvoir (René Chapus, *Contentieux administratif*, précité, p. 982-984. Voir en ce sens Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, précité, T. II, p. 505 ; Christian Debouy, *précité*, p. 57).

par exemple, la simple consultation du Conseil constituait également une forme substantielle dans le droit de la CECA¹²⁰¹¹²⁰².

Cette position est, à certains égards, peu convaincante. La Cour n'a pas, en effet, pris en considération le pouvoir que la procédure de l'avis conforme offrait, en principe, au Parlement et qui en faisait vraiment un co-auteur de l'acte, puisque tout acte régi par cette procédure ne pouvait être adopté sans l'aval de cette institution. Il semble que la Cour, en décidant de la nature des différentes formes de consultation, n'ait pris en considération que les apparences. Pour déterminer à qui revient la compétence d'adopter un acte, la Cour n'a recherché que le titulaire officiel de la compétence en vertu du traité, sans s'occuper de la compétence réelle sur le terrain pratique. Dans le cas des actes soumis à l'avis conforme, la Cour a constaté que la compétence normative, en vertu du traité, n'était reconnue exclusivement qu'au Conseil. L'avis conforme, selon la Cour, n'est qu'une forme accentuée de la consultation. Ceci justifie bien la position de la Cour à propos de la procédure de codécision : le fait que la compétence normative, dans le cadre de cette dernière, revient à un comité mixte du Conseil et du Parlement signifie que le pouvoir législatif, dans les cas régis par cette procédure, est officiellement, partagé entre ces deux institutions. En d'autres termes, la Cour tient compte du fait que, dans le cas de l'avis conforme, c'est le Conseil qui prend seul la décision finale, tandis que dans le cadre de la procédure de codécision, le Parlement dispose d'un vrai pouvoir d'amendement.

La Cour a donc, à notre avis, négligé le pouvoir que détient le Parlement en vertu de cette procédure. Le fait que dans la procédure de l'avis conforme, le Conseil ne pourrait jamais prendre la décision en cause sans l'aval du Parlement, soulève des doutes sur sa qualification,

¹²⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, *Italie/Haute Autorité*, c-2/54, *Rec.* 1954, p. 73.

¹²⁰² La Cour qualifie parfois cette procédure comme une sorte de codécision, mais constatation, comme celle de la doctrine, n'est qu'une mise en valeur de la force contraignante de la procédure de l'avis conforme par rapport à la simple procédure de consultation. Elle ne signifie pas que la Cour assimile cette procédure à celle de la codécision. D'ailleurs, cette affirmation n'a pas été avancée à l'occasion de l'examen de la nature de l'avis conforme, mais lors d'une énumération générale des pouvoirs que détient le Parlement européen. Voir C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil*, c-302/87, *Rec.* 1988, p. 5615.

par la Cour, comme étant une forme substantielle de l'acte, en le mettant sur pied d'égalité avec la simple procédure de consultation et de coopération.

*

*

*

La procédure de codécision et d'avis conforme ont fait ainsi du Parlement plus qu'un organe passif dans le processus législatif. On n'a pas eu aucun mal à accepter que la simple consultation et la procédure de coopération constituent des formes substantielles de l'acte communautaire, car le Parlement, dans le cadre de ces procédures, ne possède pas un vrai pouvoir normatif ; il s'agit pour lui d'émettre un avis que le Conseil n'est pas tenu de suivre. Le cas s'avère complètement différent lorsqu'il s'agit d'une codécision ou d'un avis conforme. Il est extrêmement difficile de concevoir, comme on vient de l'avancer, que le Parlement n'apparaît pas dans ces procédures comme un co-auteur de l'acte qui les couronne, soit d'une manière explicite comme dans le cas de la procédure de codécision ou d'une manière implicite, dans le cas de l'avis conforme. La Cour à notre avis, doit adapter sa jurisprudence en la matière avec les nouveaux pouvoirs que le Parlement détient actuellement : il ne s'agit plus d'une forme substantielle, mais d'une vraie compétence législative.

Sous-section 3. La violation des droits de la défense dans les procédures administratives

§ 1^{er}. La place éminente des droits de la défense dans l'ordre juridique communautaire

Le droit communautaire accorde une importance particulière à la protection des droits de la défense, qui repose sur l'obligation générale de protection des droits fondamentaux découlant de l'article 6 du traité UE : *« l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (...) L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »*¹²⁰³. Appartenant à la catégorie des droits fondamentaux, les droits de la défense n'en ont pas moins un statut privilégié. Ils constituent, pour le juge communautaire, les garanties procédurales de la procédure administrative¹²⁰⁴. Ils ont, par conséquent, un développement et une existence autonomes¹²⁰⁵.

¹²⁰³ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales revêt une signification particulière dans la détermination de la substance des droits de la défense (C.J.C.E., arrêts du 14 mai 1974, Nold KG/Commission, c-4/73, *Rec.* 1974, p. 491, et du 15 mai 1986, Johnston, c-222/84, *Rec.* 1986, p. 1651, § 18). Cependant, la Cour a précisé que cette inspiration est limitée par le fait qu'elle doit être assurée dans le cadre de la structure et les objectifs de la Communauté (C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, c-11/70, *Rec.* 1970, p. 1125). La Cour accorde également une attention particulière aux droits internes des États membres : *« Il résulte d'une règle commune à la plupart des ordres juridiques des États membres que le respect du caractère contradictoire de la procédure, dans le cadre d'une enquête...exige que le fonctionnaire incriminé ou son défenseur soit mis en mesure d'assister aux auditions de témoins auxquelles il est procédé devant le conseil disciplinaire appartenant à l'administration et de poser à ces derniers les questions qui lui paraissent utiles à sa défense »* (C.J.C.E., arrêt du 20 juin 1985, De Compte/Parlement, c-141/84, *Rec.* 1985, p. 1951).

¹²⁰⁴ C.J.C.E., arrêt du 21 novembre 1991, Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte, c-269/90, *Rec.* 1991, p. 5469.

¹²⁰⁵ Ils sont les seuls, parmi tous les droits fondamentaux évoqués par le traité, à être élevés au rang des principes fondamentaux du droit communautaire (Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou, *Principes généraux du droit communautaire, origines et concrétisations*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 167).

Il convient néanmoins d'admettre que la protection des droits de la défense devant les institutions communautaires a un champ d'application plus étroit que celui que les droits des Etats membres lui reconnaissent. Ceci est dû principalement à la circonstance que les activités administratives communautaires soient restreintes à des domaines de caractère économique. La seule activité administrative exercée par les institutions communautaires en dehors du cadre économique est l'administration des fonctionnaires européens¹²⁰⁶.

Le principe de la protection des droits de la défense est, à l'origine, un principe non écrit du droit communautaire¹²⁰⁷. Cependant, afin de protéger les sujets du droit communautaire contre l'arbitraire de l'administration, incarnée par la Commission, le « législateur » communautaire a pris soin de leur accorder les garanties nécessaires à leur sécurité juridique¹²⁰⁸. Ces dispositions n'ont qu'un seul but : la protection des droits de la défense des administrés, notamment durant la procédure administrative communautaire débouchant sur une décision faisant grief. En effet, le traité CE confère aux institutions des pouvoirs d'intervention qui leur permettent de prendre des décisions affectant les droits des individus, notamment en matière de concurrence, où de très larges pouvoirs sont accordés à la Commission : investigations, amendes, approbation d'aides, etc, ce qui requiert la protection du droit des destinataires de ces décisions, et éventuellement des tiers intéressés, à se défendre devant cette institution¹²⁰⁹.

À l'exception de l'article 88, § 2, du traité CE, la majorité de la protection normative des droits de la défense n'est assurée que par le droit communautaire dérivé. À titre d'exemple, en

¹²⁰⁶ Voir en ce sens Rébecca-Emmanuèla Papadopoulou, *précité*, p. 166 ; O. Due, « Le respect des droits de la défense », *C.D.E.*, 1997, p. 385.

¹²⁰⁷ *Id.*, p. 174.

¹²⁰⁸ Asteris Pliakos, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 19.

¹²⁰⁹ Il faut noter que le droit des intéressés de présenter leurs observations avant que la Commission ne prenne des sanctions pécuniaires à leur encontre ne va pas jusqu'à pouvoir exiger de la Commission de procéder à des enquêtes supplémentaires ou à l'audition des témoins lorsqu'elle estime que l'instruction de l'affaire a été suffisante (C.J.C.E., arrêts du 16 juin 1984, *Eisen und Metall Aktiengesellschaft/Commission*, c-9/83, *Rec.* 1984, p. 2071, § 31-32, et du 6 octobre 1983, *Lohmann*, c-290/82, *Rec.* 1983, p. 3025, § 17-20).

matière de fonction publique, l'article 87 du statut des fonctionnaires européens prévoit que « l'autorité investie du pouvoir de nomination peut prononcer la sanction d'avertissement et la sanction de blâme, sans consultation du conseil de discipline, sur proposition du supérieur hiérarchique du fonctionnaire ou de sa propre initiative. L'intéressé doit être préalablement entendu ». Le droit de la défense a été consacré, en général, dans le statut par les articles 6 et 4, al. 2, de l'annexe XI qui énoncent le caractère contradictoire des enquêtes et prévoient le droit du fonctionnaire de présenter des observations, de citer des témoins et de se faire assister par un défenseur de son choix. En matière d'ententes, le droit d'être entendu est toujours protégé de nos jours par l'article 19 du règlement n° 17 du 21 février 1962 : « avant de prendre les décisions prévues aux articles (...), la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission »¹²¹⁰.

La consécration judiciaire de ce principe s'est opérée en plusieurs étapes. C'est l'arrêt *Snupat* du 22 mars 1961 qui marque la première référence de la Cour au principe du respect dû aux droits de la défense. Il n'a cependant été reconnu à l'époque que comme un principe élémentaire du droit communautaire¹²¹¹. À partir de ce moment, l'importance du principe n'a pas cessé de croître dans la jurisprudence. Dans l'affaire *Transocean* du 23 octobre 1974, la Cour a élevé les droits de la défense au rang de principes généraux du droit communautaire, indépendamment du domaine dans lequel ils interviennent. C'était le droit d'audition qui était en cause dans cette affaire. La Cour a jugé qu'il existe une règle générale en vertu de laquelle les destinataires des décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue¹²¹².

¹²¹⁰ J.O.C.E., n° P 013 du 21 février 1962, p. 204-211. Voir également, en matière de procédure anti-dumping, l'article 7 du règlement n° 2176/84 qui prévoit que lorsque, à l'issue des consultations, il apparaît qu'il existe des éléments de preuve suffisants pour justifier l'ouverture d'une procédure, la Commission doit immédiatement annoncer l'ouverture d'une procédure au Journal Officiel des Communautés européennes en fixant le délai dans lequel les parties intéressées peuvent faire connaître leur point de vue par écrit et demander d'être entendues oralement par la Commission. Voir également l'article 2 du règlement n° 99/63.

¹²¹¹ C.J.C.E., arrêt du 22 mars 1961, S.N.U.P.A.T./Haute Autorité, c-42/59, *Rec.* 1961, p. 103.

¹²¹² C.J.C.E., arrêt du 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, c-17/74, *Rec.* 1974, p. 1063, § 15.

Dans l'affaire *Hoffman-La Roche*, le ton s'accroît en annonçant que le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, et notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire¹²¹³. Aujourd'hui, la protection de ces droits s'est encore étendue : selon la Cour, il s'agit d'un principe fondamental dans toute procédure débouchant sur un acte faisant grief, et non pas seulement au cas où cet acte inflige une sanction¹²¹⁴. Le principe a connu plusieurs consécutions jurisprudentielles : en matière de communication des griefs¹²¹⁵ et des documents¹²¹⁶, d'accès au dossier¹²¹⁷ et de droit d'être entendu¹²¹⁸.

La protection des droits de la défense dans l'ordre juridique communautaire a été couronnée par l'attribution du caractère d'ordre public à ce principe. Il est de jurisprudence constante que le moyen tiré de la violation des droits de la défense dans une procédure administrative est d'ordre public. Le non-respect de ces droits constitue, en effet, une violation d'une forme substantielle de l'acte communautaire mettant fin à une procédure administrative¹²¹⁹. Compte

¹²¹³ C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, c-85/76, *Rec.* 1979, p. 461. Ce principe a été confirmé ultérieurement par les arrêts de la Cour du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, c-322/81, *Rec.* 1983, p. 3461, du 3 juillet 1984, *De Compte/Parlement*, c-141/84, *Rec.* 1984, p. 2575, et du 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer Company e.a./Conseil*, c-49/88, *Rec.* 1991, p. 3187.

¹²¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1986, *Belgique/Commission*, affaire, c-234/84, *Rec.* 1986, p. 2263.

¹²¹⁵ L'objet de la communication des griefs est de mettre les intéressés en mesure de présenter leurs observations sur les griefs que l'institution estime devoir retenir contre eux. Voir sur cet aspect du droit de la défense : C.J.C.E., ordonnance du 16 juin 1965, *Grundig/Commission*, c-58/64, *Rec.* 1966, p. 559 ; T.P.I., arrêts du 17 décembre 1991, *Enichem Anic/Commission*, t-6/89, *Rec.* 1991, p. II-1628, et du 9 juillet 1992, *Publishers Association/Commission*, t-66/89, *Rec.* 1992, p. II-1998.

¹²¹⁶ T.P.I., arrêt du 10 mars 1992, *Hüls/Commission*, t-9/89, *Rec.* 1992, p. II-499. Voir également, T.P.I., arrêt du 10 mars 1992, *Société Chemie Linz/Commission*, t-15/89, *Rec.* 1992, p. II-1280.

¹²¹⁷ T.P.I., arrêt du 20 mars 2002, *Lr Af 1998/Commission*, t-23/99, *Rec.* 2002, p. II-1705. Voir également T.P.I., arrêt du 17 décembre 1991, *Hercules Chimiques/Commission*, t-7/89, *Rec.* 1991, p. II-1715.

¹²¹⁸ T.P.I., arrêt du 20 mars 2002, *H.F.B.e.a./Commission*, t-9/99, *Rec.* 2001, p. I. 1487.

¹²¹⁹ C.J.C.E., arrêts du 7 mai 1991, *Interhotel/Commission*, c-291/89, *Rec.* 1991, p. 2257, et du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719, et du 10 mai 2001, *Kaufring e.a./Commission*, c-186/97, *Rec.* 2001, p. 1337. Voir également l'arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, t-25/95, *Rec.* 2000, p. II-491.

tenu de son importance, la Cour l'a également inclus parmi les principes relevant de l'ordre public interne des Etats membres¹²²⁰.

L'importance de ce moyen et sa particularité par rapport à d'autres moyens d'ordre public apparurent lorsque la Cour annonça que sa protection était assurée même en l'absence d'un texte : « *le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique* »¹²²¹. Selon la Cour, les règles écrites dans ce domaine procèdent de l'exigence fondamentale que constitue le respect des droits de défense ; elles ne sont que des rappels explicites de cette exigence¹²²².

§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à la violation des droits de la défense

L'invocation du moyen d'ordre public relatif à la violation des droits de la défense s'observe principalement en matière d'audition des destinataires d'une procédure administrative¹²²³. L'un des principes fondamentaux du droit communautaire est qu'avant l'adoption de toute mesure ou décision individuelle de nature à affecter directement les intérêts d'une personne

¹²²⁰ C.J.C.E., arrêt du 28 mars 2000, Krombach, c-7/98, *Rec.* 2000, p. 1935. Voir sur ce thème *supra*, titre préliminaire, chapitre II, sect. 2, § 2, p. 34-38.

¹²²¹ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1987, France/Commission, c-259/85, *Rec.* 1987, p. 4393, § 12.

¹²²² C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1981, Demont/Commission, c-791/79, *Rec.* 1981, p. 3105.

¹²²³ C'est l'un des aspects principaux du droit de la défense : « *il est de jurisprudence constante que le respect des droits de la défense exige que la personne, contre laquelle la Commission a entamé une procédure administrative, ait été mise en mesure, au cours de cette procédure, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation quant à l'existence d'une violation du droit communautaire* » (C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, c-40/85, *Rec.* 1986, p. 2321).

particulière, celle-ci a le droit d'être entendue par l'autorité responsable¹²²⁴. Ainsi, dans l'affaire *Hoechst* concernant une astreinte, il a été jugé que l'audition des parties constitue une forme substantielle de l'acte, car « *une telle audition constitue un élément essentiel des droits de la défense. Elle est, en effet, nécessaire afin d'assurer aux entreprises et associations d'entreprises le droit de présenter des observations à l'issue des instructions aux sujets de l'ensemble des griefs que la Commission se propose de retenir contre celles-ci dans ces décisions* »¹²²⁵.

Le caractère d'ordre public des droits de la défense s'observe également en matière de communications des documents constitutifs de la défense du requérant à l'administration communautaire. Dans l'affaire *Luhleich*¹²²⁶, la Cour a considéré comme vice de procédure substantiel le fait que la majorité des membres d'une « Commission d'intégration », avant d'avoir rendu l'avis sur lequel était basée la décision de licenciement du requérant, ne connaissait pas le rapport établi par la Commission chargée d'instruire une réclamation par laquelle le requérant avait fait valoir que les autorités l'auraient mis dans l'impossibilité de travailler dans des conditions satisfaisantes¹²²⁷.

La violation des droits de la défense est également d'ordre public dans le sens inverse, c'est-à-dire lorsque l'institution s'abstient de communiquer aux intéressés les documents qui leur étaient nécessaires pour constituer leur défense. Le droit d'accès au dossier doit permettre aux

¹²²⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *NTN Toyo Bearing/Conseil*, c-113/76, *Rec.* 1979, p. 1185.

¹²²⁵ C.J.C.E., arrêt du 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, c-46/87, *Rec.* 1989, p. 2859. Cet arrêt présente une certaine particularité. Il existe, en effet, deux phases dans la procédure menant à la décision infligeant une astreinte et qui débouche sur deux décisions différentes. La **première décision**, visée par l'article 16, § 1^{er}, du règlement 99/63, est celle par laquelle la Commission inflige une astreinte en raison d'un certain nombre d'unités de compte par jour de retard à partir de la date qu'elle fixe. Cette décision, faute de détermination du montant total de l'astreinte, ne peut recevoir exécution. Le montant doit être définitivement fixé par une **seconde décision**. L'audition des représentants des entreprises ne doit avoir lieu qu'avant cette dernière décision. Le fait de ne pas auditionner les parties durant la première phase débouchant sur la première décision ne constitue pas une violation des formes substantielles.

¹²²⁶ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1965, *Luhleich/Commission*, c-68/63, *Rec.* 1965, p. 727.

¹²²⁷ Voir également, en ce qui concerne la communication de l'avis du comité consultatif aux intéressés, C.J.C.E., arrêt du 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres/Commission*, affaires jointes 100 à 103/80, *Rec.* 1983, p. 1825.

destinataires d'une communication des griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier. Ainsi, dans l'affaire *Primex*, il a été jugé que, dans une procédure statuant sur une demande de remise d'un droit à l'importation, le fait qu'un rapport de synthèse d'une enquête entamée par la Commission n'aurait été communiqué qu'après la clôture de la procédure administrative, bien que la Commission se soit fondée sur ledit rapport pour constater un manque de diligence de la part des requérantes, constituait une violation des formes substantielles¹²²⁸. Le Tribunal a pris soin, dans cette affaire, de souligner l'importance de l'accès au dossier comme étant un aspect du droit de la défense : *« il ressort d'une jurisprudence constante que le droit d'accès au dossier est lui-même étroitement lié au principe de respect des droits de la défense. En effet, l'accès au dossier relève des garanties procédurales visant à protéger le droit d'être entendu (...) Le principe de respect des droits de la défense exige donc non seulement que la partie intéressée soit mise en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur la pertinence des faits, mais également qu'elle puisse prendre position, à tout le moins, sur les documents retenus par l'institution communautaire »*¹²²⁹.

Le moyen tiré de la violation des droits de la défense n'est pas seulement d'ordre public lorsqu'il s'agit d'une procédure relative aux domaines d'activités de la Commission. Ce caractère s'étend à tout moyen relatif à une atteinte aux droits de la défense des administrés dans toute procédure administrative communautaire débouchant sur un acte produisant des effets juridiques sur ses destinataires¹²³⁰. Ainsi, est également d'ordre public le moyen relatif à la violation des droits de la défense dans une procédure ouverte par une institution communautaire contre l'un de ses fonctionnaires et qui s'est achevée par un acte faisant grief¹²³¹. En revanche, si la procédure ne débouche pas sur un acte faisant grief, la violation

¹²²⁸ T.P.I., arrêt du 17 septembre 1998, *Primex Produkte Import-Export e.a./Commission*, t-50/96, *Rec.* 1998, p. II-3773.

¹²²⁹ *Id.*, § 63. Voir également l'arrêt de la Cour du 27 juin 1991, *Al-Jubail Fertilizer/Conseil*, c-49/88, *Rec.* 1991, p. 3187, et l'arrêt du Tribunal du 28 avril 1999, *Endemol Entertainment Holding BV/Commission*, t-221/95, *Rec.* 1999, p. II-1299.

¹²³⁰ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1987, *France/Commission*, c-259/85, *Rec.* 1987, p. 4393. Voir également l'arrêt du 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique/Commission*, c-234/85, *Rec.* 1986, p. 2263.

¹²³¹ T.P.I., arrêt du 23 avril 2002, *Mário Campolargo/Commission*, t-372/00, *Rec.* 2002, p. II-223.

des droits de la défense n'est pas de nature à affecter le contenu de l'acte et ne constitue pas ainsi une violation de formes substantielles.

Il est de jurisprudence constante que la violation des droits de la défense dans une procédure administrative, quelle qu'en soit sa forme, constitue une violation des formes substantielles, même en l'absence d'un texte législatif. La Cour est déterminée à garantir le respect des droits de la défense dans tous les cas où il s'impose¹²³². Le caractère d'ordre public de ce moyen est donc d'application générale en droit communautaire. Cependant, nous estimons devoir nous arrêter sur certaines procédures prescrites par le droit communautaire, ayant comme but la protection des droits de la défense des administrés, mais qui présentent certaines ambiguïtés quant à leur caractère d'ordre public. Il s'agit de la phase précontentieuse du recours en manquement (A) et des procédures de contrôle des aides d'Etats prévues par l'article 88 du traité CE (B). La question du caractère absolu de ce moyen et de son interaction avec d'autres principes communautaires, comme celui du respect de la confidentialité des documents, mérite également d'être éclaircie (C).

A) Le caractère d'ordre public du moyen dans le cadre de la phase précontentieuse du recours en manquement

En vertu de l'article 226 du traité CE, si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à ses obligations, elle doit émettre un avis motivé adressé à l'Etat membre concerné avant de procéder à une instruction judiciaire devant la Cour. Dans cet avis, la Commission indique en quoi il lui est apparu que cet Etat manquait à ses obligations et fixe un délai pour qu'il soit mis fin à cette situation. Une fois le délai écoulé sans que l'Etat membre ne se soit conformé aux exigences précisées par la Commission, cette dernière sera libre de saisir la Cour de justice pour faire constater le manquement de l'Etat.

¹²³² Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou, *précité*, p. 173.

Cependant, en vertu du même article, la Commission est tenue, avant d'adopter son avis motivé, d'envoyer une lettre dite « lettre de mise en demeure » à l'Etat concerné. Cette lettre doit mettre l'Etat en mesure de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs articulés par la Commission¹²³³. Selon la Cour, la lettre a pour but, dans la phase précontentieuse de la procédure en manquement, de circonscrire l'objet du différend et d'indiquer à l'Etat membre, invité à présenter ses observations, les éléments nécessaires à la préparation de sa défense¹²³⁴. Cette formalité constitue donc une garantie essentielle des droits de la défense voulue par le traité¹²³⁵. Elle permet à l'Etat accusé de présenter à la Commission les arguments qui peuvent, selon les cas, convaincre cette dernière de ne pas entamer un recours en manquement contre lui. Dans d'autres cas, ces observations peuvent amener la Commission à changer sa position quant à la nature de l'infraction. La lettre de mise en demeure apparaît donc comme une formalité décisive de la procédure en manquement. Elle ouvre deux voies distinctes à la Commission : soit elle continue la procédure du recours en manquement, soit elle l'arrête¹²³⁶.

Dans la perspective de garantir les droits de la défense de l'Etat concerné, la Cour exige que la lettre de mise en demeure repose sur les mêmes griefs que l'avis motivé et le recours de la Commission. Elle considère également que cette lettre constitue une formalité substantielle qui conditionne la régularité de la phase précontentieuse du recours en manquement¹²³⁷, sans distinguer selon que l'auteur du recours soit un Etat membre ou la Commission car, dans le premier cas, la Commission doit mettre tous les Etats intéressés (ceux qui ont intenté le recours ou celui contre lequel il a été intenté) en mesure de présenter leurs observations.

¹²³³ C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1986, DEFI/Commission, c-282/85, *Rec.* 1986, p. 2469.

¹²³⁴ Voir notamment l'arrêt du 17 septembre 1996, Commission/Italie, c-289/94, *Rec.* 1996, p. 4405, § 15.

¹²³⁵ C.J.C.E., arrêt du 17 juillet 1970, Commission/Italie, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25.

¹²³⁶ L'objectif de la procédure précontentieuse est également de donner à l'Etat membre concerné l'occasion de se conformer à ses obligations découlant du droit communautaire (arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique, c-293/85, *Rec.* 1988, p. 305, § 13). Dans son rapport annuel de 1995 sur le contrôle de l'application du droit communautaire, la Commission indique que la procédure d'infraction est tout entière orientée (...) vers l'objectif d'une régularisation avant la saisine de la Cour (J.O.C.E. n° L 303 du 14 octobre 1996, sp. p. 11, tiré de Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, précité, p. 488).

¹²³⁷ C.J.C.E., arrêt du 9 septembre 1999, Commission/Italie, c-365/97, *Rec.* 1999, p. 7773. Cette jurisprudence a été à l'origine constatée dans l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1970, Commission/Italie, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25, sp. p. 34.

Le moyen relatif au défaut d'ouverture de la procédure précontentieuse de l'article 226 du traité CE ou de son irrégularité est incontestablement un moyen d'ordre public portant sur *l'irrecevabilité* du recours. Dans l'affaire *Budget de l'Union européenne*¹²³⁸, le moyen a été soulevé pour la première fois devant la Cour qui, après avoir constaté qu'il ne s'agissait pas d'un nouveau moyen de droit au sens de l'article 42 du règlement de procédure, en a examiné d'office le bien-fondé¹²³⁹.

Le moyen est d'ordre public également dans le cas où la lettre de mise en demeure a été adressée à l'Etat concerné, mais qu'en raison de certaines circonstances dues au comportement de la Commission, l'Etat n'a pu formuler ses observations en temps utile¹²⁴⁰. Dans le même sens, il a été jugé que si l'avis motivé ne précisait pas clairement les raisons ayant amené la Commission à la conviction que l'Etat intéressé avait manqué ses obligations, ceci procure le fondement requis à un moyen d'ordre public relatif à la *recevabilité* du recours. Cependant, la Cour se montre très libérale à l'égard de la Commission, en précisant que

*« Si l'avis motivé, visé à l'article 169 (devenu art. 226) du traité, doit contenir un exposé cohérent et détaillé des raisons ayant amené la Commission à la conviction que l'État intéressé a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du traité, la lettre de mise en demeure ne saurait être soumise à des exigences de précision aussi strictes, celle-ci ne pouvant nécessairement consister qu'en un premier résumé succinct des griefs. Rien n'empêche donc la Commission de détailler, dans l'avis motivé, les griefs qu'elle a déjà fait valoir de façon plus globale dans la lettre de mise en demeure »*¹²⁴¹.

¹²³⁸ C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1995, Conseil/Parlement, c-41/95, *Rec.* 1995, p. 4411.

¹²³⁹ Il convient d'attirer l'attention sur le fait que, dans le cas où tous les griefs qui ont été indiqués dans la lettre de mise en demeure ne figurent pas dans l'avis motivé, ceci ne constitue pas un motif d'irrecevabilité (C.J.C.E., arrêt du 29 septembre 1998, Commission/Allemagne, c-191/95, *Rec.* 1998, p. 5449).

¹²⁴⁰ C.J.C.E., arrêt du 17 octobre 1996, Denkavit Internationaal e.a./Bundesamt für Finanzen, c-283/94, *Rec.* 1996, p. 5063.

¹²⁴¹ C.J.C.E., arrêt du 9 septembre 1999, Commission/Italie, c-365/97, *Rec.* 1999, p. 7773, § 26. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 16 septembre 1997, Commission/Italie, c-279/94, *Rec.* 1997, p. 4743, § 15.

Comme on a pu s'en apercevoir en prenant connaissance de la jurisprudence rapportée ci-dessus, la Cour de justice considère donc que l'ouverture de la procédure précontentieuse de l'article 226 du traité CE constitue une condition de *recevabilité* du recours en manquement parce qu'elle a pour objet de circonscrire la procédure de constatation du manquement, et donc l'objet du litige : « *c'est seulement à partir d'une procédure précontentieuse régulière que la procédure contradictoire devant la Cour permettra à celle-ci de juger si l'État membre a effectivement manqué aux obligations précises dont la violation est alléguée par la Commission* »¹²⁴².

La question a été principalement examinée par la Cour dans l'affaire *Commission/Italie*¹²⁴³. Le recours avait pour objet de faire constater que la République italienne avait manqué à ses obligations, en ne versant pas en temps voulu, aux opérateurs, les restitutions relatives aux exportations de produits relevant des organisations communes du marché instituées en application du règlement de la Commission n° 1041/67/CE¹²⁴⁴. Dans sa défense, le gouvernement italien soutenait que l'avis motivé l'accusait d'un manquement au regard de certaines obligations qui lui incombaient relativement à des produits soumis à la réglementation communautaire après l'année 1968, et qui n'avaient pas été citées dans la lettre de mise en demeure. Donnant raison à la défenderesse, la Cour déclara le recours irrecevable en ce qui concerne les griefs qui ne figuraient pas dans l'avis motivé : « *la possibilité pour l'Etat concerné de présenter ses observations constituant — même s'il estime ne pas devoir en faire usage — une garantie essentielle voulue par le traité, son observation est une forme substantielle de la régularité de la procédure constatant un manquement d'un Etat membre ; le respect de cette garantie a pour conséquence que les manquements allégués*

¹²⁴² C.J.C.E., ordonnance du 11 juillet 1995, *Commission/Espagne*, c-266/94, *Rec.* 1995, p. 1975, § 17.

¹²⁴³ C.J.C.E., arrêt du 17 juillet 1970, *Commission/Italie*, c-31/69, *Rec.* 1970, p. 25.

¹²⁴⁴ Règlement portant modalités d'application des restitutions à l'exportation dans le secteur des produits soumis à un régime de prix unique (J.O.C.E., n° L 314 du 23 décembre 1967, p. 9).

*aux règlements édictés au mois de juin 1968 ou postérieurement, doivent être exclus de la présente procédure »*¹²⁴⁵.

La même solution a été adoptée encore plus clairement dans l'ordonnance *Commission/Espagne*¹²⁴⁶, concernant une procédure de manquement entamée par la Commission contre l'Espagne ayant pour objet la non-transposition de la directive 92/44/CE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées. L'Espagne excipait de l'irrecevabilité du recours en se basant sur le fait que la Commission n'avait pas tenu compte, au stade de l'avis motivé, des résolutions qu'elle avait présentées en réponse à la lettre de mise en demeure. L'Espagne soutenait qu'au lieu de procéder au dépôt d'une requête devant la Cour, la Commission aurait dû expliquer, dans un deuxième avis motivé, pour quelles raisons elle estimait que les mesures présentées étaient insuffisantes pour éliminer le manquement¹²⁴⁷. Une telle omission constituerait une violation des droits de la défense. La Cour a fait droit à cette prétention :

*« Si des problèmes de transmission avaient donné lieu à un malentendu affectant l'avis motivé, rien ne s'opposait à ce que la Commission retire cet avis et examine la réponse du royaume d'Espagne à la lettre de mise en demeure. La Commission aurait pu par la suite, le cas échéant, émettre un nouvel avis motivé précisant les griefs qu'elle entendait retenir. Il s'ensuit que l'une des conditions essentielles de recevabilité d'un recours fondé sur l'article 169 du traité (devenu art. 226 CE), à savoir le déroulement régulier de la procédure précontentieuse, fait défaut en l'espèce »*¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ C.J.C.E., *Commission/Italie*, c-31/69, *précité*, § 13. Voir également, pour une irrégularité des griefs due à une raison extérieure à la Commission, l'arrêt de la Cour du 9 septembre 1999, *Commission/Italie*, c-365/97, *Rec.* 1999, p. 7773.

¹²⁴⁶ C.J.C.E., ordonnance du 11 juillet 1995, *Commission/Espagne*, c-266/94, *Rec.* 1995, p. 1975.

¹²⁴⁷ L'Espagne avait ajouté que si elle avait connu les objections de la Commission à sa réponse à la lettre de mise en demeure, sa conduite globale aurait été différente.

¹²⁴⁸ *Id.*, §§ 24-25.

Le moyen relatif à la violation des droits de la défense durant la phase précontentieuse du recours en manquement est donc considéré comme une fin de non-recevoir d'ordre public. La Cour n'a conféré à la violation de ces droits aucune influence sur la validité de l'acte couronnant cette procédure : l'avis motivé. Toutefois, la Cour ne nie pas que la régularité de cette procédure a une incidence directe sur la protection des droits de la défense de l'Etat. Elle a également constaté que la possibilité pour l'Etat membre concerné de présenter ses observations constitue une forme substantielle de la régularité de la procédure constatant un manquement d'un Etat membre¹²⁴⁹. Néanmoins, elle en fait, malheureusement, une condition de l'objet du litige, ce qui a pour effet de l'écarter du domaine des moyens de fond et de l'attacher à la recevabilité. « *La régularité de la procédure précontentieuse, déclare-t-elle en ce sens, constitue une garantie essentielle voulue par le traité, non seulement pour la protection des droits de l'Etat membre en cause, mais également pour assurer que la procédure contentieuse éventuelle aura pour objet un litige clairement défini* »¹²⁵⁰.

Cette jurisprudence qui affirme que le défaut ou l'irrégularité de la procédure précontentieuse, destinée principalement à faire respecter les droits de la défense des Etats membres, doit être considérée non comme se rapportant au fond du litige, mais comme une fin de non-recevoir d'ordre public¹²⁵¹, manque partiellement de cohérence. En effet, si l'irrecevabilité est juridiquement concevable lorsque la procédure précontentieuse fait défaut — on ne peut nier que l'avis motivé soit indispensable à la délimitation de l'objet du litige —, la position de la Cour est beaucoup plus discutable lorsque le moyen invoqué est tiré du fait que l'avis motivé

¹²⁴⁹ C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1999, Commission/République italienne, c-365/97, *Rec.* 1999, p. 7773, § 23. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 29 septembre 1998, Commission/Allemagne, c-191/95, *Rec.* 1998, p. 5449, § 55.

¹²⁵⁰ C.J.C.E., ordonnance du 11 juillet 1995, Commission/Espagne, c-266/94, *Rec.* 1995, p. 1975, § 17.

¹²⁵¹ Il existe également, en droit communautaire, une autre procédure précontentieuse conditionnant la recevabilité du recours : celle qui doit précéder le recours en carence. Selon cette procédure, l'intéressé doit inviter l'institution concernée à agir avant de tenter un recours en carence (T.P.I., ordonnance du 6 février 1997, de Jorio/Conseil, t-64/96, *Rec.* 1997, p. II-127. Voir également C.J.C.E., arrêt du 12 juin 1958, Compagnie des hauts fourneaux de Chasse/Haute Autorité, c-17/57, *Rec.* 1958, p.157). Cette condition de recevabilité est également d'ordre public (Ordonnance de la Cour du 14 janvier 1992, ISAE et INTERDATA/Commission, c-130/91, *Rec.* 1992, p. 69). Il ne s'agit pas cependant d'une procédure tendant à favoriser les droits de la défense, car la lettre d'invitation à agir n'a pas pour but de permettre à l'institution de présenter de quelconques observations. L'objet de l'invitation à agir, dans le cadre du recours en carence, est de permettre à l'institution de prendre position dans un délai de deux mois et d'éviter la phase contentieuse (Emmanuel Coulon et Stevan Cras, « Contentieux de la légalité », *C.D.E.*, 1999, p. 134).

contient des griefs qui n'ont pas été mentionnés dans la lettre de mise en demeure, car dans ce cas, on ne peut pas prétendre que l'objet du recours n'a pas été délimité, puisqu'il existe un avis motivé qui l'a déjà défini : c'est par cet avis motivé que l'objet du recours est circonscrit. La « simple » irrégularité de l'avis n'affecte pas cet objet, mais plutôt la validité de la procédure préalable à son adoption. Dès lors, le moyen ne peut être fondé que sur la violation des droits de la défense de l'Etat membre, en ce que celui-ci se verra reprocher des griefs sur lesquels il n'a pas eu l'occasion de s'exprimer. Il ne s'agit donc plus d'un moyen d'irrecevabilité, puisqu'un moyen relatif à une violation des droits de la défense durant une procédure administrative relève du fond.

Si l'on peut néanmoins comprendre que, dans le cadre du recours en manquement, la violation des droits de la défense durant une procédure administrative ne soit pas invoquée en tant que moyen relatif à la violation des formes substantielles, il est incompréhensible qu'elle ne puisse être invoquée non plus dans le cadre d'un recours en annulation distinct. Or, la jurisprudence communautaire considère que l'avis motivé qui couronne la procédure précontentieuse du recours en manquement ne constitue pas un acte attaquant. La Cour a jugé à cet égard qu'« *il résulte du système de l'article 169 du traité (devenu art. 226 CE) que l'avis motivé ne constitue qu'une phase préalable au dépôt éventuel d'un recours en constatation de manquement devant la Cour et ne saurait donc être regardé comme un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation* »¹²⁵².

Cette jurisprudence trouve ses origines dans le fameux arrêt *Lütticke*¹²⁵³ où la Cour a constaté pour la première fois que la phase précontentieuse est destinée à inviter l'Etat à se conformer au traité sans pouvoir lui imposer quelque obligation que ce soit. La constatation du manquement reste toujours du ressort de la Cour. Le juge communautaire est, en effet, convaincu que l'avis motivé ne produit aucun effet juridique à l'égard de son destinataire parce que la Commission n'a pas le pouvoir de déterminer de manière définitive, par les avis

¹²⁵² T.P.I., arrêt du 15 septembre 1998, BFM/Commission, t-126/96, *Rec.* 1998, p. II-3437, § 37. Voir en ce sens les ordonnances du 16 février 1998, Smanor e.a./Commission, t-182/97, *Rec.* 1998, p. II-271, et du 12 janvier 1993, SPO e.a./Commission, t-29/92, *Rec.* 1993, p. II-1.

¹²⁵³ C.J.C.E., arrêt du 1^{er} mars 1966, *Lütticke*/Commission, c-48/65, *Rec.* 1966, p. 27.

formulés en vertu de l'article 226 du traité CE, les droits et les obligations d'un Etat membre ou de lui donner des garanties concernant la compatibilité avec le traité d'un comportement déterminé. La détermination des droits et obligations des Etats membres et le jugement de leur comportement ne peuvent résulter que d'un arrêt de la Cour¹²⁵⁴.

Il ne faut pourtant pas perdre de vue que, par l'avis motivé, la Commission invite l'Etat membre à se conformer à ses obligations et qu'elle remplit par là même la condition nécessaire pour pouvoir former un recours en manquement qui, lorsqu'il s'avère fondé, peut constituer le fondement d'un recours en indemnité contre cet Etat¹²⁵⁵. Nous croyons donc qu'il est indispensable que la légalité de cet avis motivé puisse être contestée séparément devant la Cour¹²⁵⁶. Toutefois, ce recours en annulation doit être limité à l'appréciation de la validité de l'avis motivé au niveau externe et la validité de la procédure qui lui a précédé, puisque l'appréciation de sa légalité au fond exigera l'examen de la question du manquement de l'Etat membre ce qui dépasse l'autorité de la Cour de justice statuant en annulation. En somme, la Cour devrait revoir sa position sur la recevabilité du recours en annulation de l'avis motivé afin de permettre aux Etats membres de se prévaloir de la violation de leurs droits de défense et, en outre, afin d'éviter cette confusion persistante entre la recevabilité du recours et le fond du procès.

B) Le caractère d'ordre public du moyen dans la procédure administrative de contrôle des aides d'Etat

Le système de contrôle des aides d'Etats est régi principalement par les articles 87 à 89 du traité CE. Pour les aides nouvelles que les Etats membres auraient l'intention d'instituer, il est

¹²⁵⁴ C.J.C.E., ordonnance du 18 novembre 1980, Macevicius/Parlement, c-141/80, *Rec.* 1980, p. 3509.

¹²⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 9 septembre 1999, Commission/Italie, c-365/97, *Rec.* 1999, p. 7773.

¹²⁵⁶ Du point de vue juridique, une fois invoqué devant la Cour dans le cadre du recours en manquement, le moyen relatif à l'irrégularité de l'avis motivé doit être déclaré irrecevable, car selon la jurisprudence de la Cour, on ne peut pas, en principe, invoquer des moyens d'annulation pendant un recours en manquement : une fin de non-recevoir d'ordre public doit y être opposée d'office (C.J.C.E., arrêt du 15 novembre 1983, Commission/France, c-52/83, *Rec.* 1983, p. 3707).

établi une procédure préalable sans laquelle aucune aide ne saurait être considérée comme régulièrement instaurée.

Les aides attribuées par les Etats à leurs opérateurs économiques passent principalement par deux étapes. La première est prévue par l'article 88, § 3, du traité CE qui impose aux Etats membres l'obligation d'informer la Commission en temps utile de tout projet tendant à instituer ou à modifier une aide. Il s'agit d'une notification grâce à laquelle la Commission dispose d'un délai de réflexion et d'investigation pour se former une première opinion sur la conformité dudit projet au traité. Après la notification de l'aide à la Commission, celle-ci examine le projet. Si la Commission estime que l'aide n'est pas compatible avec le marché commun, elle est obligée d'ouvrir la procédure prévue par l'article 88, § 2. Cette deuxième étape débute obligatoirement par une mise en demeure adressée aux intéressés de présenter leurs observations pour répondre aux objections formulées, avant que la Commission ne puisse déclarer cette aide non compatible avec le marché.

De la sorte, la transformation d'une aide notifiée en une aide existante n'est subordonnée qu'à deux conditions nécessaires. La première est la notification par l'Etat membre à la Commission du préavis de mise à exécution de l'aide projetée. La seconde est que la Commission, dans les deux mois suivant la notification complète de l'aide, n'engage pas la procédure contradictoire au titre de l'article 88, § 2, du traité.

La mise en demeure des parties intéressées en vertu de la procédure prévue par l'article 88, § 2, constitue incontestablement une forme substantielle de la décision de la Commission couronnant cette phase, même si, à la fin, la Commission peut prendre une décision constatant l'aide litigieuse conforme au traité (1°). La protection des droits de la défense dans la phase préliminaire de l'article 88, § 3, par un moyen d'ordre public, suscite par ailleurs certains problèmes (2°).

1° La procédure de l'article 88, § 2

Dans le cas où la Commission éprouve des doutes quant à la compatibilité de l'aide avec les dispositions du droit communautaire, le respect des droits de la défense exige que l'Etat membre contre lequel la procédure est entamée, ainsi que les entreprises intéressées, soient mis en mesure d'exprimer leur point de vue devant la Commission sur les points de fait et de droit relatifs à la prétendue violation du droit communautaire. Le défaut d'ouverture de cette procédure constitue incontestablement une violation d'une forme substantielle ; il entache la décision de la Commission d'un vice de procédure substantiel qui doit entraîner son annulation¹²⁵⁷. En effet, dans le système communautaire de contrôle des aides, la procédure visée à l'article 88, § 2, a pour but de conférer aux Etats membres et aux milieux concernés la garantie de pouvoir se faire entendre, ce qui permet en outre à la Commission d'être complètement éclairée sur l'ensemble des données de l'affaire avant de prendre sa décision¹²⁵⁸ : « *la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2, du traité (devenu art. 88, § 2, CE) (...) revêt un caractère indispensable dès que la Commission éprouve des difficultés sérieuses pour apprécier si une aide est compatible avec le marché commun. La Commission ne peut donc s'en tenir à la phase préliminaire prévue à l'article 93, paragraphe 3 (devenu art. 88, § 3), du traité pour prendre une décision favorable à une aide que si elle est en mesure d'acquiescer la conviction, au terme d'un premier examen, que ce projet est compatible avec le traité* »¹²⁵⁹.

La protection des droits de la défense des intéressés dans le cadre de cette procédure se justifie principalement par la place que cette procédure occupe. Elle constitue, en effet, un moyen par lequel un Etat membre peut adopter des pratiques qui pourraient fausser, selon les cas, la libre concurrence — l'un des piliers du marché commun —. C'est pourquoi les auteurs des traités ont souhaité un encadrement complet de cette procédure, en tenant compte tant de

¹²⁵⁷ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1984, Allemagne/Commission, c-84/82, *Rec.* 1984, p. 1451, § 13. Voir en ce sens les arrêts du 19 mai 1993, Cook/Commission, c-198/91, *Rec.* 1993, p. 2487, § 22, et du 15 juin 1993, Matra/Commission, c-225/91, *Rec.* 1993, p. 3203.

¹²⁵⁸ C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1973, Commission/Allemagne, c-70/72, *Rec.* 1973, p. 813.

¹²⁵⁹ C.J.C.E., arrêt du 3 mai 2001, Portugal/Commission, c-204/97, *Rec.* 2001, p. 3175.

l'intégration communautaire que de la nécessité de la compétitivité des entreprises européennes sur le marché mondial¹²⁶⁰ :

« d'après l'article 3, lettre f, du traité, l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun (...) ; dans ce cadre, l'article 92, paragraphe 1 (devenu art. 87, § 1^{er}), du traité CE déclare incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »¹²⁶¹.

Le moyen d'ordre public relatif à la violation des formes substantielles ne peut être fondé, dans ce cas, que sur le fait de la Commission d'avoir manqué de mettre en demeure les parties intéressées à présenter leurs observations¹²⁶². L'article 88, § 2, n'exige pas en outre une mise en demeure individuelle des parties intéressées. La Commission peut se contenter de faire publier un avis au Journal officiel. Ceci est, selon la Cour, un moyen adéquat pour faire connaître à tous les intéressés l'ouverture de cette procédure¹²⁶³.

Il convient de relever que l'absence de mise en demeure constitue une violation des formes substantielles sans qu'il faille prouver que le contenu de la décision de la Commission a été affecté par cette omission.

¹²⁶⁰ Michela Cocchi, « Le traitement des aides et des régimes d'aides par la Commission européenne et dans le cadre de la jurisprudence communautaire », in *Un rôle pour la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 247.

¹²⁶¹ C.J.C.E., ordonnance du 20 septembre 1983, Commission/République française, c-171/83, *Rec.* 1983, p. 2621, §9.

¹²⁶² Comme en matière d'intérêt à agir, la définition de la personne intéressée est soumise au contrôle de la Cour. Il s'agit, en effet, selon la Cour, d'un ensemble indéterminé de destinataires. Ce n'est pas seulement toute entreprise favorisée par l'aide, mais tout autant les personnes, entreprises concurrentes et associations qui ont été affectées dans leurs intérêts par l'octroi de l'aide (arrêt de la Cour du 14 juin 1984, Intermills/Commission, c-323/84, *Rec.* 1984, p. 3809).

¹²⁶³ C.J.C.E., arrêt du 14 juin 1984, Intermills/Commission, c-323/84, *Rec.* 1984, p. 3809. La Cour exige en outre que cet avis précise de manière détaillée les objections de la Commission à l'égard de l'aide.

Il n'en va pas de même lorsqu'on se prévaut du caractère contradictoire de cette procédure. L'article 88, § 2, ne prévoit pas explicitement une procédure contradictoire. Ce caractère n'en est pas moins certain, en vertu du principe général de la protection des droits de la défense¹²⁶⁴ qui est garanti par la Cour même en l'absence d'une prescription explicite en ce sens :

*« le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique (...) ; ce principe exige que l'Etat membre en cause soit mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les observations présentées par des tiers intéressés conformément à l'article 93, paragraphe 2 (devenu art. 88, § 2) du traité CE et sur lesquelles la Commission entend fonder sa décision »*¹²⁶⁵.

Dans l'affaire *Textile français*¹²⁶⁶, l'Etat français réclamait l'annulation de la décision de la Commission refusant un projet d'aide au secteur textile. Le recours était fondé sur le fait que le requérant aurait été empêché de répondre aux objections des autres intéressés dont la teneur ne lui avait pas été communiquée, mais qui étaient cependant utilisées et mentionnées dans la décision. La Cour a rejeté ce moyen : pour qu'une telle violation des droits de la défense entraînant une annulation, il aurait fallu qu'en l'absence de cette irrégularité, la procédure ait pu aboutir à un résultat différent. Or ce n'était pas le cas en l'espèce : les observations en cause ne contenaient qu'une argumentation succincte, dont des éléments se retrouvaient dans la motivation de la Commission, ils avaient été développés par des statistiques et des indicateurs économiques recueillis par la Commission et connus du gouvernement français. C'est pourquoi la circonstance que ce gouvernement n'ait pas eu la possibilité de commenter

¹²⁶⁴ Il convient de constater que la procédure n'est contradictoire que pour l'Etat membre concerné : il est le seul qui a le droit de connaître toutes les observations présentées par les autres intéressés à la Commission. Cette position favorable de l'Etat concerné, par rapport aux autres intéressés, est justifiée par le rôle important qu'il joue dans la procédure. Il est l'interlocuteur de la Commission et c'est son comportement qui en cause (C.J.C.E., arrêt du 14 février 1990, France/Commission, c-301/87, *Rec.* 1990, p. 307, § 31. Voir également l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, c-234/84, *Rec.* 1986, p. 2263).

¹²⁶⁵ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1987, France/Commission, c-259/85, *Rec.* 1987, p. 4393, § 12. Voir également : C.J.C.E., arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, c-234/84, *Rec.* 1986, p. 2263.

¹²⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 11 novembre 1987, France/Commission, c-259/85, *Rec.* 1987, p. 4393.

lesdites observations n'avait pas été, selon la Cour, de nature à influencer le résultat de la procédure administrative.

Cette distinction a été bien soulignée par l'avocat général dans l'affaire *Vins de liqueur français*¹²⁶⁷. Dans cette affaire, la requérante avait demandé l'annulation de la décision de la Commission ayant déclaré compatibles des aides octroyées par la République française à des producteurs de vins de liqueur. La requérante alléguait principalement que la Commission aurait dû, en l'espèce, adresser une mise en demeure aux intéressés pour présenter leurs observations car il était manifeste, selon elle, que la Commission n'avait pas estimé, lors du premier examen, que les mesures notifiées par les autorités françaises étaient compatibles avec le traité. La Commission, pour sa défense, considérait qu'elle n'était tenue d'ouvrir une telle procédure que si elle avait des doutes sur la compatibilité de ces aides avec le marché ; elle faisait valoir à titre subsidiaire que la mise en demeure des intéressés n'aurait, quoi qu'il en ait été, ni conduit ni pu conduire à un autre résultat, et qu'ainsi son inexistence ne constituait pas une violation d'une forme substantielle.

L'avocat général avait critiqué la thèse de la Commission en ce qu'elle était fondée sur une analogie avec le principe appliqué généralement au cas d'absence d'audition. C'est uniquement dans ce dernier cas, selon l'avocat général, que la violation des droits de la défense ne constitue une violation de formes substantielles que si le non-exercice de ces droits avait pu influencer l'issue de la procédure :

« il n'y a pas lieu d'établir un tel parallèle lorsque la Commission doit ouvrir la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2, du traité (devenu art. 88, § 2, CE). S'il s'agissait simplement d'une audition sur des faits connus, les « difficultés sérieuses » que suppose l'ouverture de la procédure n'existeraient pas. La Commission a en réalité omis de recueillir des informations qui, alors seulement, auraient pu faire l'objet d'une audition. On est donc toujours en présence d'une violation d'une règle de procédure substantielle, dès lors que la Commission s'abstient d'ouvrir la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2, du traité

¹²⁶⁷ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Portugal/Commission*, arrêt du 3 mai 2001, c-204/97, *Rec.* 2001, p. 3175.

(devenu art. 88, § 2) lorsque celle-ci est obligatoire. Par conséquent, la décision de la Commission doit être annulée, car la Commission n'a pas ouvert la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2, du traité (devenu art. 88, § 2) bien que des difficultés sérieuses soient apparues dans le cadre de l'examen de l'aide »¹²⁶⁸.

La Cour, qui n'a pas examiné expressément le moyen subsidiaire, a suivi implicitement l'opinion de son avocat général en annulant la décision de la Commission, après avoir constaté que celle-ci était obligée d'ouvrir la procédure prévue par l'article 88, § 2, dans le cas d'espèce. La Cour n'a pas cherché à savoir si l'omission de cette procédure avait influé sur la décision de compatibilité prise par la Commission.

2° La procédure préliminaire de l'article 88, § 3

En principe, durant la phase préliminaire prévue par l'article 88, § 3, aucune violation des droits de la défense ne peut être invoquée, puisque la Commission n'est pas tenue à ce stade de mettre en demeure les intéressés ou l'Etat membre de présenter leurs observations¹²⁶⁹. Cette phase a seulement pour objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité partielle ou totale des projets d'aides qui lui sont notifiés avec le traité. L'ouverture de la phase principale de la procédure n'est nécessaire, d'après l'article 88, § 3, du traité CE que si, au terme de l'examen préliminaire, la Commission éprouve des doutes sur la compatibilité du projet notifié d'aide avec le marché commun :

« dans le cadre de la procédure prévue à l'article 93 (devenu art. 88 CE), il faut donc distinguer, d'une part, la phase préliminaire d'examen des aides instituée par l'article 93, paragraphe 3 (devenu art. 88, § 3), du traité, qui a seulement pour objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité partielle ou totale de l'aide en cause, et, d'autre part, la phase d'examen visée à l'article 93, paragraphe 2 (devenu art. 88, § 2), du traité, qui est destinée à permettre à la Commission d'avoir une information complète sur l'ensemble des données de l'affaire (...) ; la phase préliminaire instituée par

¹²⁶⁸ *Id.*, § 56.

¹²⁶⁹ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1984, Allemagne/Commission, c-84/82, *Rec.* 1984, p. 1451.

l'article 93, paragraphe 3 (devenu art. 88, § 3), du traité a seulement pour objet de ménager à la Commission un délai de réflexion et d'investigation suffisant pour se former une première opinion sur les projets d'aides qui lui ont été notifiés afin de conclure, sans qu'un examen approfondi soit nécessaire, qu'ils sont compatibles avec le traité ou, au contraire, de constater que leur contenu soulève des doutes quant à cette compatibilité »¹²⁷⁰.

A notre avis, le fait de ne pas permettre aux destinataires de la procédure d'aide ou aux intéressés de se prévaloir de leur moyen de défense durant cette phase de la procédure constitue une lacune très importante et tout à fait regrettable dans la jurisprudence de la Cour.

Cette jurisprudence est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour en vertu de laquelle les destinataires de toute procédure administrative aboutissant à une décision faisant grief doivent faire valoir leur droit de la défense. La décision de la Commission qui met fin à la procédure préliminaire de la procédure est sans aucun doute une décision qui fait grief à ses destinataires¹²⁷¹. L'effet juridique produit par cette décision est incontestable.

L'Etat membre, le destinataire principal de cette décision, aurait certainement intérêt à se prévaloir de ses moyens de défense devant la Commission, afin d'éviter l'ouverture de la procédure de l'article 88, § 2 et le risque d'une décision négative qui pourrait venir perturber sa politique économique interne.

La Cour ne dénie pas ce constat. Elle est allée jusqu'à déclarer recevable le recours en annulation formé contre une décision de la Commission déclarant l'ouverture de la procédure de l'article 88, § 2, du traité CE, et notamment lorsque celle-ci qualifie l'aide comme nouvelle. Une telle décision produit, selon la Cour, des effets juridiques en ce que,

¹²⁷⁰ C.J.C.E., arrêt du 3 mai 2001, Portugal/Commission, c-204/97, *Rec.* 2001, p. 3175, § 34. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 15 février 2001, Autriche/Commission, c-99/98, *Rec.* 2001, p. 1101, §53 et 54.

¹²⁷¹ T.P.I., arrêt du 15 septembre 1998, Gestevisión Telecinco/Commission, t-95/96, *Rec.* 1998, p. II-3407.

conformément à l'article 88, § 3, du traité CE, elle empêche l'État membre de mettre à exécution le projet d'aide soumis à la Commission. Ces effets sont en outre irréversibles : soit l'État membre se conforme à l'obligation de suspension, avec cette conséquence que les effets préjudiciables du retard qui en résulte ne peuvent être effacés par une décision postérieure constatant la compatibilité de l'aide avec le marché commun ou par un recours ouvert contre une décision finale de la Commission ; soit il met en oeuvre l'aide, avec cette conséquence que même une décision finale de la Commission déclarant cette aide compatible avec le marché commun ne peut régulariser les actes d'exécution, qui doivent être considérés comme ayant été pris en méconnaissance de l'interdiction édictée par l'article 88, § 3, du traité CE¹²⁷².

En ce qui concerne les autres intéressés comme les entreprises concurrentes, en vertu du principe général appliqué par la Cour en matière des droits de la défense, seules les entreprises qui font l'objet de l'enquête de la Commission peuvent se prévaloir de la violation de leurs droits de la défense ; les tiers intéressés, quant à eux, ne peuvent demander que la sauvegarde de leur intérêt légitime¹²⁷³. Si l'on suit cette jurisprudence d'une manière orthodoxe, les entreprises concurrentes ne pourront donc se prévaloir de la violation de leurs droits de la défense durant la première phase de la procédure.

Il nous semble néanmoins que la protection de ces droits de défense doit être assurée au moins lorsque la procédure de contrôle des aides d'Etat a été enclenchée par une plainte adressée à la Commission par des entreprises contre une aide octroyée par l'Etat à une entreprise concurrente. On peut se référer, à cet égard, à la jurisprudence constante de la Cour relative aux droits de la défense des tiers intéressés durant l'examen de leurs plaintes en matière d'ententes. En ce cas, il est de jurisprudence constante d'accorder à ces tiers le droit de se prévaloir de leur droit de la défense¹²⁷⁴.

¹²⁷² C.J.C.E., arrêts du 30 juin 1992, *Espagne/Commission*, 312/90, *Rec.* 1992, p. 4117, et du 30 juin 1992, *Italie/Commission*, c-47/91, *Rec.* 1992, p. 4145.

¹²⁷³ C.J.C.E., arrêt du 28 mars 1985, *CICCE/Commission*, c-298/83, *Rec.* 1985, p.1117.

¹²⁷⁴ C.J.C.E., arrêt du 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries/Commission*, affaires jointes 142 et 156/84, *Rec.* 1987, p. 4487. Toutefois, comme l'a précisé la Cour dans cet arrêt, les droits procéduraux des plaignants ne sont pas aussi étendus que le droit de la défense des

Le Tribunal de première instance a essayé de combler cette lacune dans l'affaire *Sytraval*¹²⁷⁵, en conférant aux tiers intéressés dans le cadre de la phase préliminaire de l'aide, le droit à une procédure contradictoire identique à celle de l'article 88, § 2. En l'espèce, la procédure de contrôle de l'aide n'avait pas débuté par une notification, mais avait été lancée à la suite d'une plainte adressée par certaines entreprises à la Commission, lui demandant d'ouvrir la procédure de l'article 88, § 2, contre l'Etat français au sujet d'une aide attribuée par ce dernier à une société de l'Etat travaillant dans le domaine du transport de fond et de valeurs. Cette plainte avait cependant été rejetée par la Commission, qui avait conclu à l'inexistence d'une aide d'Etat. Les requérants ont alors saisi le Tribunal pour lui demander l'annulation de cette décision. Leur recours reposait sur un moyen principal : la motivation insuffisante de la décision de la Commission. Devant la Cour, cette dernière s'est prévaluée de la faiblesse des éléments fournis par les plaignants à l'appui de leur plainte, de sorte qu'elle n'avait pu y répondre de manière précise et circonstanciée dans sa décision. Rejetant les arguments de la Commission, le Tribunal a annulé la décision pour insuffisance de motivation, car la collecte des informations et des éléments nécessaires pour vérifier le bien-fondé d'une plainte constitue une tâche beaucoup plus difficile pour les plaignants que pour la Commission. Celle-ci dispose en effet de moyens plus efficaces et appropriés pour recueillir les informations nécessaires à une instruction minutieuse et impartiale de la plainte.

A ces considérations « classiques », le Tribunal a joint une innovation considérable : il a ajouté aux facilités offertes à la Commission pour examiner une telle plainte afin de satisfaire à l'obligation de motivation qui lui incombait, la possibilité de mettre en œuvre une procédure contradictoire : *« l'obligation pour la Commission de motiver ses décisions peut requérir, dans certaines circonstances, l'engagement d'un débat contradictoire avec le plaignant dès lors que, pour justifier à suffisance de droit son appréciation de la nature d'une mesure*

entreprises contre lesquelles la Commission dirige son enquête ; de toute manière, ils trouvent leurs limites dans la mesure où ils mettent en cause ce droit de la défense.

¹²⁷⁵ T.P.I., arrêt du 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France/Commission*, t-95/94, *Rec.*1995, p. II-2651.

*qualifiée par le plaignant d'aide d'État, la Commission a besoin de connaître la position de celui-ci sur les éléments qu'elle a recueillis dans le cadre de son instruction »*¹²⁷⁶.

Le Tribunal a estimé que la possibilité d'un débat contradictoire devait être donnée aux entreprises concurrentes aussi bien dans le cas où la procédure aboutit à une décision en faveur du bénéficiaire de l'aide, que dans celui où la Commission décide que l'aide est incompatible avec le marché commun. Le Tribunal a observé à cet égard que la mise en oeuvre de cette procédure n'est pas liée à une décision défavorable adoptée par la Commission, puisqu'il arrive à cette dernière d'ouvrir la procédure prévue par l'article 88, paragraphe 2, du traité afin d'examiner contradictoirement la nature de la mesure en cause et qu'il lui arrive de conclure, au terme de cette procédure, que la mesure en cause ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87 du traité¹²⁷⁷.

La tentative du Tribunal n'a pas été couronnée de succès. Au terme d'un pourvoi formé par la Commission¹²⁷⁸, la Cour, s'alignant sur les conclusions de son avocat général et s'attachant à une interprétation orthodoxe de l'article 88, § 2¹²⁷⁹, a décidé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en adoptant cette solution¹²⁸⁰. Selon la Cour, pareille exigence ne trouve de base ni dans l'article 190 du traité CE, ni dans aucune autre disposition des traités :

« il résulte de la jurisprudence de la Cour (...) que la Commission n'a pas l'obligation d'entendre les plaignants pendant la phase préliminaire d'examen des aides instituée par l'article 93, paragraphe 3, (devenu art. 88, § 3) du traité. En outre, il découle de cette même jurisprudence que, lors de la phase d'examen visée à l'article 93, paragraphe 2, la Commission doit seulement mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations.

¹²⁷⁶ *Id.*, § 78.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, § 79. Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 6 juillet 1995, AITEC e.a./Commission, t-447/93, *Rec.* 1995, p. II-1971.

¹²⁷⁸ C.J.C.E., arrêt du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France, c-367/95, *Rec.* 1998, p. 1719.

¹²⁷⁹ Piet Jan Slot, « Case law-Court of justice- Sytraval », *C.M.L.*, 1999, p. 1343.

¹²⁸⁰ Cependant, il faut noter que la Cour n'a pas annulé la décision du Tribunal, car elle a considéré que la décision de la Commission était toujours entachée d'un défaut de motivation.

Dès lors, (...) le fait d'imposer à la Commission d'engager, dans le cadre de la phase préliminaire visée à l'article 93, paragraphe 3, un débat contradictoire avec le plaignant pourrait conduire à des discordances entre le régime procédural prévu par cette disposition et celui prévu par l'article 93, paragraphe 2 »¹²⁸¹.

Il faut regretter que la Cour s'attache à la nécessité de l'existence d'un texte pour la protection des droits de défense, alors qu'elle a affirmé à plusieurs reprises que la protection de ces droits doit être assurée même en l'absence d'une prescription explicite¹²⁸². Au surplus, la Cour n'a pas non plus pris en considération le fait que, dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'une procédure normale débutant par une information communiquée par un Etat membre, mais d'une plainte présentée par des entreprises concurrentes, ce qui aurait dû placer ces dernières, en vertu de la jurisprudence générale de la Cour, sur pied d'égalité avec les destinataires d'une procédure d'enquête au regard de la protection de leurs droits de défense.

C) Existe-t-il des atténuations au caractère d'ordre public des droits de la défense ?

1° Les droits de la défense limités par le secret des affaires ?

La protection des droits de la défense implique que les destinataires d'une procédure administrative puissent demander qu'il leur soit communiqué les documents et les griefs présentés par les autres parties à la procédure¹²⁸³. Ce droit n'a été concrétisé que par certaines dispositions du droit dérivé, comme le statut des fonctionnaires européens qui a garanti le

¹²⁸¹ *Id.*, § 60. Selon l'avocat général, le traité n'interdit pas à la Commission d'entendre un intéressé dans la phase préliminaire de la procédure, mais une obligation d'audition, constituant une formalité substantielle, n'existe que dans la procédure prévue par l'article 88, § 2. Si l'on obligeait la Commission à procéder, dans ce contexte, à une consultation des intéressés, voire à mener avec ceux-ci un débat contradictoire, l'objectif de la phase préliminaire, à savoir permettre à la Commission de se former à bref délai une opinion provisoire sur le point de savoir si une mesure d'aide est compatible ou non avec le traité, serait réduit à néant (*Rec.* 1998, p. 1719, § 87). C'est l'opinion que la Cour a suivie.

¹²⁸² C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 2000, République fédérale d'Allemagne/Commission, c-288/96, *Rec.* 2000, p. 8237.

¹²⁸³ C.J.C.E., arrêts du 14 juillet 1972, Bayer AG/Commission, c-51/69, *Rec.* 1972, p. 745, et du 7 juin 1983, Musique Diffusion française/Commission, c-100/80, *Rec.* 1983, p. 1825.

droit à la consultation du dossier individuel dans son article 26, paragraphe 6¹²⁸⁴. Cet aspect du droit de la défense a été également consacré par l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 3017/79 en matière d'enquête anti-dumping entamée par la Commission¹²⁸⁵.

La Cour, à son tour, a veillé à ce que ce droit soit garanti dans toute procédure administrative aboutissant à une décision faisant grief aux intéressés. Elle considère en effet que le respect de ce droit constitue une condition essentielle d'une procédure administrative régulière : *« il y a lieu de rappeler que le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé par la Commission dans ses procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions en application des règles de concurrence du traité. Ce respect exige, entre autres, que l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction »*¹²⁸⁶. Le Tribunal reconnaît, quant à lui, que l'accès au dossier appartient aux garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense et à assurer, en particulier, l'exercice effectif du droit d'être entendu¹²⁸⁷.

Cependant, le droit d'accès au dossier peut être limité par le principe de secret des affaires, qui donne le droit à l'institution concernée de ne pas communiquer aux intéressés certains documents ou dossiers qu'elle considère comme confidentiels. Ce principe se fonde principalement sur l'article 287 du traité CE qui prévoit que : *« Les membres des institutions*

¹²⁸⁴ Ce droit appartient non seulement au fonctionnaire, mais également à son avocat (C.J.C.E., arrêts du 17 décembre 1981, Demont/Commission, c-115/80, *Rec.* 1981, p. 3147, et du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, c-322/81, *Rec.* 1983, p. 3461).

¹²⁸⁵ L'article prévoit que *« le plaignant peut prendre connaissance de tous les renseignements fournis à la Commission par les parties concernées, par l'enquête..., pour autant que ces renseignements soient pertinents pour la défense de leurs intérêts »*.

¹²⁸⁶ C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, c-322/81, *Rec.* 1983, p. 3461.

¹²⁸⁷ T.P.I., arrêt du 18 décembre 1992, Cimenteris/Commission, t-15/90, *Rec.* 1992, p. 2667. On remarque que dans l'affaire Solvay, sur la base du principe de l'égalité des armes, le Tribunal a exigé de la Commission qu'elle fournisse à la requérante une liste suffisamment détaillée permettant à celle-ci d'évaluer l'opportunité de demander à avoir accès à des documents spécifiques susceptibles d'être utiles à la défense (T.P.I., 29 juin 1995, Solvay/Commission, t-30/91, *Rec.* 1995, p. 1775).

de la Communauté, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient »¹²⁸⁸.

Dans sa communication sur l'accès aux dossiers, la Commission a précisé que le secret des affaires est justifié par des besoins relatifs à la protection de l'intérêt légitime d'une entreprise, à savoir que certaines indications sur ses intérêts essentiels et la marche ou le développement de ses affaires ne soient pas connues des tiers¹²⁸⁹. Ainsi, le droit à la confidentialité n'existe que lorsque la divulgation est susceptible d'avoir des conséquences défavorables significatives pour celui qui est à la source de ces informations¹²⁹⁰. Par ailleurs, la Commission n'a pas précisé quels sont les documents qui doivent être considérés comme confidentiels. Elle s'est contentée de fournir une liste exemplaire et de renvoyer à la jurisprudence de la Cour. Les documents soumis à cette exception ont été précisés par la Cour dans son arrêt *Adams* :

« Pour ce qui est de l'existence d'une obligation de secret, il convient de rappeler que l'article 214 (devenu art. 287) du traité prévoit une obligation, notamment pour les membres et les agents des institutions de la Communauté, de ne pas divulguer des informations qui, par leur nature même, sont couvertes par le secret professionnel (...). Si cette disposition vise surtout les renseignements recueillis auprès d'entreprises, l'expression « notamment » montre qu'il s'agit d'un principe général qui s'applique aussi bien à des informations fournies par des personnes physiques, si ces informations sont « par leur nature » confidentielles. Tel est surtout le cas des informations fournies à titre purement volontaire, mais assorties d'une demande de confidentialité en vue de protéger l'anonymat de

¹²⁸⁸ Ce principe est également prévu par l'article 20 du règlement n° 17/60 concernant les procédures de constatation d'infraction à l'égard d'une entreprise en application des articles 81 et 82 du traité CE (J.O.C.E. n° L 13 du 21 février 1962, p. 204-211).

¹²⁸⁹ J.O.C.E. n° C 23/3 du 23 janvier 1997, article 1^{er}.

¹²⁹⁰ Article 8, § 2, du règlement n° 17/60, précité.

*l'informateur : l'institution qui accepte de recevoir ces informations est tenue de respecter une telle condition »*¹²⁹¹.

A notre sens, le droit à la confidentialité ne peut limiter l'application du principe fondamental de la protection des droits de la défense. Il est admis en effet que l'institution communautaire ne peut retenir à la charge de l'entreprise faisant l'objet d'une procédure de sanction, des faits ou des documents qu'elle estime ne pas pouvoir divulguer, si ce refus de divulgation affecte la possibilité, pour cette entreprise, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité ou la portée de ces faits ou documents ou encore sur les conclusions que l'institution en tire¹²⁹². En effet, le juge communautaire estime que, même en présence d'une obligation de traitement confidentiel, l'interprétation de cette obligation ne doit pas vider de leur contenu les droits de la défense, mais doit rester conciliable avec ces derniers.

D'ailleurs, la Cour exige de l'institution concernée, avant de traiter un document comme confidentiel, qu'elle fasse ce qui est possible pour satisfaire aux deux exigences en même temps : la protection des droits de la défense et le secret des affaires. L'institution est tenue de communiquer les indications utiles à la défense en choisissant les modalités appropriées pour défendre le secret des affaires¹²⁹³.

¹²⁹¹ C.J.C.E., arrêt du 7 novembre 1985, Adams/Commission, c-145/83, *Rec.* 1985, p. 3539, § 34.

¹²⁹² C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, c-85/76, *Rec.* 1979, p. 461. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 9 septembre 1983, Michelin/Commission, c-322/81, *Rec.* 1983, p. 3461.

¹²⁹³ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1985, Timex/Conseil et Commission, c-264/82, *Rec.* 1985, p. 849. Dans cette affaire, la Cour a suivi l'opinion de son avocat général qui qualifiait l'obligation qui incombe à la Commission dans ce cas, d'obligation de moyen quant à la conciliation des exigences liées au droit à l'information et celles rattachées au secret des affaires (*Rec.* 1985, p. 857).

2° Les droits de la défense et les décisions insignifiantes

Dans l'affaire *Kuhner*¹²⁹⁴, relevant du contentieux de la fonction publique, la Cour a dispensé l'institution communautaire de l'obligation d'auditionner les fonctionnaires contre lesquels elle s'apprête à prendre des sanctions, lorsque la décision était insignifiante à leur égard. Dans le cas d'espèce, la Commission avait procédé à une réorganisation qui comportait la fusion de deux services spécialisés d'une direction dont la requérante et un autre fonctionnaire étaient respectivement les chefs du service. La direction de ce nouveau service avait été confiée à ce fonctionnaire, tandis que la requérante a été affectée sans changement de grade, à des tâches spécifiques dans le domaine de la méthodologie, dans un service réorganisé.

La requérante avait soulevé contre cette décision un moyen principal tiré de la violation des droits de la défense, parce que, s'agissant d'une mesure de nature à léser gravement ses intérêts individuels, elle n'aurait pu être prise sans qu'elle eût été invitée à faire connaître son point de vue devant la Commission. La Cour a reconnu que la requérante n'avait pas été auditionnée avant l'adoption de la décision litigieuse, mais elle a considéré qu'une décision de cette nature, qui maintient à la requérante tous les avantages de son grade et de son emploi-type, ne devait pas respecter la formalité de l'audition de la requérante.

Il ne nous semble pas que cette jurisprudence constitue une exception à la protection des droits de la défense ou même, comme le soutiennent certains auteurs, un cas isolé de la jurisprudence de la Cour¹²⁹⁵. Nous estimons en effet que cet arrêt constitue une expression tout à fait normale de l'état de la protection des droits de la défense à l'époque où il a été rendu. En effet, à l'époque, la protection des droits de la défense dans toute procédure administrative débouchant sur un acte faisant grief, indépendamment de l'existence d'une prescription législative, n'était reconnue qu'en matière de décisions infligeant des

¹²⁹⁴ C.J.C.E., arrêt du 28 mai 1980, *Kuhner/Commission*, *Rec.* 1980, p. 1677.

¹²⁹⁵ Jorgen Schwarze, *précité*, p. 1402.

sanctions^{1296 1297}. En dehors de ce cas, il fallait que la protection des droits de la défense soit prescrite par un texte normatif, ce qui n'était pas le cas en l'espèce *Kuhner*. Cette conclusion peut s'appuyer sur le constat fait par la Cour que le droit d'audition, dans le contentieux de la fonction publique, ne constitue pas un aspect du principe de droit de la défense, mais plutôt un principe de bonne administration : « *on ne saurait, en l'occurrence, parler des " droits de la défense ", mais seulement d'un principe général de bonne administration selon lequel, sauf motif grave, une administration qui est amenée à prendre, même légalement, des mesures lésant gravement les intéressés doit permettre à ceux-ci de faire connaître leur point de vue* »¹²⁹⁸.

L'affaire *Günther Arning*, qui porte sur un cas d'espèce semblable à celui de l'affaire *Kuhner*, toujours en matière du contentieux de la fonction publique, a permis à la Cour de préciser les motifs de sa jurisprudence. Tout en admettant que la décision de réaffectation du requérant était une mesure susceptible de lui faire grief, elle a jugé à l'époque que dans un tel cas, il n'était pas possible, faute d'une disposition expresse du statut des fonctionnaires, de dégager une obligation, pour l'administration, de consulter le fonctionnaire sur la décision qu'elle envisageait de prendre à son égard.

*

* *

On peut donc conclure que le caractère d'ordre public de cette forme substantielle est absolu. Etant donné que ce n'est pas seulement un principe du droit communautaire, mais l'un des

¹²⁹⁶ C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, c-85/76, *Rec.* 1979, p. 461. On remarque que cet arrêt, qui marque une étape importante du développement de la jurisprudence de la Cour en matière de protection des droits de la défense, a été rendu juste six mois avant l'arrêt *Kuhner*.

¹²⁹⁷ L'extension de la protection des droits de la défense à toute décision faisant grief au requérant n'a été reconnue par la Cour qu'au milieu des années quatre-vingts (C.J.C.E., arrêt du 29 janvier 1985, *Gesamthochschule Duisburg/Hauptzollamt München-Mitte*, c-234/83, *Rec.* 1985, p. 327).

¹²⁹⁸ Précité, § 24.

piliers de tout système démocratique, la Cour de justice en lui attribuant un caractère d'ordre public a évité de lui apporter la moindre atténuation. On va également le constater lorsqu'on étudiera la sanction des moyens d'ordre public. La Cour n'a accepté la régularisation de ce moyen que dans certains cas limités¹²⁹⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La Cour de justice a ainsi insisté pour conférer à la violation des différentes formes substantielle le caractère d'ordre public. Constaté qu'une forme est substantielle lui confère directement le caractère d'ordre public.

Les moyens relatifs au défaut de formes substantielles ainsi relevés dans cette étude ne constituent pas de simples formalités ; ils protègent ainsi des principes communautaires qu'on peut qualifier de constitutionnels. La protection des droits de la défense occupe une place importante à ce niveau, elle se trouve à la base de l'attribution d'un caractère d'ordre public à l'exigence de la motivation. Sa violation constitue également un moyen indépendant d'ordre public. La protection de l'équilibre institutionnel a pu justifier qu'on attribue à la procédure de consultation du Parlement le statut privilégié de forme substantielle. Enfin, l'obligation d'authentification participe au renforcement de la protection des autres formes substantielles et assure en même temps la sécurité juridique des destinataires de l'acte communautaire.

Toutefois, on ne doit pas comprendre que les moyens examinés dans ce chapitre constituent la liste complète des moyens relatifs au défaut des formes substantielles en droit communautaire. Cette liste ne peut d'ailleurs être déterminée d'une manière définitive, elle est complétée au fur et mesure de l'évolution législative et judiciaire. Comme en matière

¹²⁹⁹ Voir *infra*, partie III, chapitre IV, p. 503.

d'irrecevabilité, on a présenté les quatre formes substantielles les plus importantes relevées par le juge communautaire, qui nous semblent constituer le socle de la forme de l'action administrative communautaire.

Ceci n'empêche pourtant pas de constater que cette notion est un peu réduite en droit communautaire, car, en dehors des moyens examinés dans ce chapitre, très peu de formes ont été qualifiées de substantielles.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'étude des moyens d'ordre public fait apparaître que ces moyens ne sont pas nombreux en droit communautaire. Les moyens d'ordre public sont regroupés autour de deux moyens : l'incompétence et la violation des formes substantielles. L'incompétence de l'auteur de l'acte communautaire, malgré son importance, ne recouvre pas beaucoup de moyens. Il s'agit uniquement de l'incompétence *ratione temporis* et *ratione materia*. Le moyen relatif à l'incompétence *ratione loci* n'a pas trouvé d'application devant le juge communautaire. Le moyen d'ordre public relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte ne couvre pas non plus l'incompétence dans le chef des fonctionnaires, dans ses différentes formes.

En ce qui concerne les formes substantielles, on s'attendait à ce qu'elles couvrent plusieurs moyens, mais elles ont été regroupées principalement autour de quatre moyens : le défaut de motivation, le défaut d'authentification, l'irrégularité de la procédure de consultation et la violation des droits de la défense. Plusieurs formes du droit communautaire ont échappé à cette classification, d'autres attendent toujours leur jugement.

Le rôle des moyens d'ordre public apparaît donc fort limité dans l'ordre juridique communautaire. Ils ne constituent qu'une partie des règles constituant la notion d'ordre public communautaire, non négligeable certainement, mais peu importante au niveau du nombre. Cette situation est, à l'origine, le fait du juge communautaire, qui a limité le champ d'application des moyens d'ordre public au domaine de la légalité externe, et encore en se montrant très réticent pour les moyens d'ordre public qui peuvent naître dans ce cadre.

On peut estimer en revanche qu'il persiste un espoir d'élargissement du domaine des moyens de fond d'ordre public. C'est l'affaire *Browet*¹³⁰⁰ qui est à l'origine de cet espoir. En l'occurrence, le Tribunal a, pour la première fois, constaté que le moyen relatif au défaut de champ d'application de la loi est un moyen d'ordre public. La nouveauté apportée par cet arrêt ne consiste pas, non seulement à ajouter un nouveau moyen de fond à la liste des moyens d'ordre public, mais également dans le fait que c'est un moyen relatif à la légalité interne de l'acte communautaire. Ce moyen est destiné normalement en droit interne à couvrir une grande partie des moyens relatifs à la légalité interne (et non pas la totalité)¹³⁰¹. Toutefois, il s'agit d'un arrêt unique qui n'a pas été confirmé par la Cour et n'a pas connu d'autres applications permettant de dégager des lignes directrices concernant son application, ce qui laisse la situation incertaine à son égard. La Cour est donc invitée à examiner cette jurisprudence et prendre une position positive à cet égard.

¹³⁰⁰ T.P.I., arrêt du 15 juillet 1994, Martine Browet / Commission, affaires jointes 576 à 582/93, *Rec.* 1994, p. II-677.

¹³⁰¹ Christian Debouy, *précité*, p. 244.

TROISIEME PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Les conditions de la mise en oeuvre des moyens d'ordre public en droit judiciaire sont généralement l'oeuvre du juge, le législateur ne prenant le plus souvent pas le soin de les fixer. C'est le cas du droit communautaire qui n'y fait référence que d'une manière très générale, à l'article 92 du règlement de procédure de la Cour, en mentionnant le droit du juge de soulever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public sans apporter aucune précision.

Il est opportun de tracer, en premier lieu, les conditions qui se dégagent de l'ensemble de la jurisprudence communautaire en ce qui concerne l'invocation d'un moyen d'ordre public, soit par les parties (Chapitre I^{er}) ou par le juge communautaire (Chapitre II). En deuxième lieu, il faut préciser l'effet du développement de moyens d'ordre public sur le respect du principe du contradictoire devant le juge communautaire (Chapitre III). Enfin, il nous apparaît indispensable d'examiner si la sanction réservée aux moyens d'ordre public est appliquée d'une manière automatique par le juge communautaire une fois que leur bien-fondé est établi. Ou existe-t-il à cet égard certaines exceptions ?(Chapitre IV).

CHAPITRE I^{er}

L'INVOCATION D'UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC PAR LES PARTIES

SECTION 1. L'INVOCATION DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC A TOUT MOMENT DE LA PROCEDURE

Nous examinerons successivement l'invocation de tels moyens devant le juge communautaire statuant en première instance ou en premier et dernier ressort (§ 1^{er}) et devant le juge communautaire statuant sur pourvoi (§ 2).

§ 1^{er}. Devant le juge communautaire statuant en première instance ou en premier et dernier ressort

Le fait que les moyens présentés par les parties revêtent un caractère d'ordre public implique immédiatement qu'ils peuvent être présentés à tout moment de la procédure et même hors délais de procédure, en mettant en cause le principe d'immutabilité du litige en vertu duquel l'objet et la cause de la demande ne peuvent être modifiés après l'introduction de l'action¹³⁰² afin d'imposer une administration de la justice aussi rapide et bonne que possible¹³⁰³. Les parties peuvent invoquer les moyens d'ordre public même après l'expiration des délais de recours, peu importe que la procédure écrite ou orale soit ouverte ou non¹³⁰⁴. En principe, le moyen d'ordre public peut être invoqué par les parties au litige, tout au long de l'instance,

¹³⁰² Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962, T. II, p. 178.

¹³⁰³ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4323.

¹³⁰⁴ Dans ses conclusions sous l'affaire *Procédure pénale/Ledoux*, l'avocat général soutient cette faculté conférée aux parties en affirmant qu'« on ne comprendrait pas, en effet, qu'une exception d'ordre public puisse encore être soulevée par le juge et ne puisse plus l'être par les parties, lesquelles sont, à côté du juge, aussi intéressées au respect de l'ordre public. Une telle construction, qui a le mérite de la logique, paraît concilier à la fois les nécessités de l'ordre public et la protection des droits de la défense » (*Rec.* 1988, p. 3741, § 10).

sans être contraintes par les restrictions procédurales habituelles, tant que le juge n'a pas décidé de clôturer l'instance. Cette faculté est accordée aux parties sans tenir compte du bien fondé du moyen. C'est au juge qui incombe d'examiner ce bien fondé.

Par conséquent, le moyen d'ordre public met en échec l'application de la théorie des moyens nouveaux prévue par le règlement de procédure de la Cour. L'article 42, paragraphe 2, stipule que « la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure »¹³⁰⁵. Le but de cette disposition est de protéger les droits du défendeur qui ne doit pas se trouver soudain face à un nouvel argument auquel il ne s'est pas préparé à répondre¹³⁰⁶. Or, les moyens d'ordre public peuvent être invoqués à tout moment, même s'ils constituent des moyens nouveaux de droit ou de fait au sens de l'article 42.

L'invocation d'un moyen d'ordre public par les parties peut être admise par le juge communautaire, quelle qu'en soit la forme. Elle peut même prendre la forme de simples doutes formulés par une partie, ou de simples observations : « attendu que la Commission, sans soulever formellement une exception à cet égard, émet des doutes... »¹³⁰⁷. Dans ce cas, le juge communautaire rectifie la forme qu'a prise l'allégation de la partie grâce à son pouvoir de soulever d'office le moyen.

Il convient cependant de préciser que la faculté accordée aux parties d'invoquer les moyens d'ordre public à tout moment de la procédure ne concerne pas les conclusions et les demandes nouvelles, qui restent soumises au principe général de l'immutabilité du litige. La Cour de

¹³⁰⁵ Toutefois, on doit préciser que la Cour établit une différence entre la production d'un argument et la production d'un moyen. L'argument nouveau ne modifie pas l'objet du litige, il constitue uniquement le développement de l'un des moyens juridiques énoncés par le requérant dès le début du contentieux (C.J.C.E., arrêts du 29 mai 1997, de *Rijk/Commission*, c-153/96, *Rec.* 1997, p. 2901, § 19, et du 7 mai 1985, *Commission/France*, c-18/84, *Rec.* 1985, p. 1339).

¹³⁰⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, *Rec.* 1998, p. 7421.

¹³⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 24 octobre 1973, *Merkur Aussenhandels GmbH/Commission*, c-43/72, *Rec.* 1973, p. 1055.

justice s'est engagée dans ce sens en refusant constamment de déclarer recevables les nouvelles conclusions présentées au cours de l'instance, même si elles se reposent sur des moyens d'ordre public¹³⁰⁸.

Par conséquent, les moyens d'ordre public ne peuvent, en général, modifier le cadre du litige. Tel est l'exemple des affaires *P.V.C.* où la Cour a refusé un moyen présenté par la partie intervenante qui tendait à déclarer inexistante la décision litigieuse à l'égard des destinataires uniquement, car ce moyen ne correspondait pas aux conclusions de la requérante qui réclamait une annulation générale de la décision attaquée¹³⁰⁹.

On notera enfin que le moyen d'ordre public peut être invoqué librement par les parties, même s'il n'a pas été invoqué dans le cadre d'un recours administratif préalable, prescrit obligatoirement par une disposition communautaire conditionnant l'introduction du recours judiciaire. Il s'agit, en droit communautaire, de la procédure en réclamation prévue par le statut des fonctionnaires européens dans les articles 90 et 91. Dans l'affaire *Lacroix*¹³¹⁰, le Tribunal a souligné qu'une institution garde toujours la liberté d'invoquer un moyen d'ordre public devant la Cour de justice à l'occasion d'un conflit qui l'oppose à l'un de ses fonctionnaires, même si elle a omis de l'invoquer au moment de l'examen de la réclamation présentée par ce dernier : *« Le fait qu'en l'espèce la défenderesse n'ait pas souligné le caractère tardif de la réclamation et la forclusion du requérant à introduire un recours devant le Tribunal au cours de la phase précontentieuse ne peut avoir pour effet de priver l'administration de la faculté de soulever, au stade de la procédure juridictionnelle, une*

¹³⁰⁸ La Cour a expressément considéré que l'article 42 du règlement de procédure permet à un requérant, à titre exceptionnel, d'invoquer des moyens nouveaux à l'appui des conclusions formulées dans l'acte introductif d'instance. Elle n'envisage nullement la possibilité pour un requérant d'introduire des conclusions nouvelles (arrêt du 18 octobre 1979, Gema/Commission, c-125/78, *Rec.* 1979, p. 3173, § 26). Voir pour le même principe : arrêt de la Cour du 25 septembre 1979, Commission/France, c-232/78, *Rec.* 1979, p. 2729.

¹³⁰⁹ Voir notamment C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4287, § 56.

¹³¹⁰ T.P.I., arrêt du 25 septembre 1991, Lacroix/Commission, t-54/90, *Rec.* 1991, p. II-749.

*exception d'irrecevabilité tirée de la tardiveté de la réclamation et encore moins de dispenser le Tribunal de l'obligation qui lui incombe de vérifier le respect des délais statutaires »*¹³¹¹.

§ 2. Devant le juge communautaire statuant sur pourvoi

Les parties peuvent également invoquer les moyens d'ordre public pour la première fois devant la Cour de justice statuant sur pourvoi, et même après l'expiration du délai de pourvoi¹³¹². Cette faculté met en échec, à son tour, le principe adopté par la Cour, en vertu duquel permettre à une partie de soulever devant la Cour pour la première fois un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal¹³¹³.

Le fait que le moyen d'ordre public soit rejeté ou déclaré irrecevable devant le Tribunal de première instance ne prive pas les parties du droit de soulever à nouveau ce moyen devant la Cour de justice statuant sur pourvoi. La Cour l'a déclaré expressément dans l'affaire *Petrotub* à propos d'un moyen relatif au défaut de motivation qui avait été déclaré irrecevable pour tardiveté : « *un tel moyen a uniquement trait au fond, si bien que la circonstance qu'il a été déclaré irrecevable en première instance n'est aucunement susceptible d'affecter la*

¹³¹¹ *Id.*, § 25. Voir également les arrêts du Tribunal du 6 décembre 1990, B./Commission, t-130/89, *Rec.* 1990, p. II-761, et du 6 décembre 1990, Petrilli/Commission, t-6/90, *Rec.* 1990, p. II-765, et du 11 juillet 1991, Von Hoessle/Cour des comptes, t-19/90, *Rec.* 1991, p. II-615, et l'ordonnance du 7 juin 1991, Weyrich/Commission, t-14/91, *Rec.* 1991, p. II-235).

¹³¹² Ainsi, la Cour a examiné un argument tendant à faire valoir que le Conseil n'était pas compétent pour adopter le règlement litigieux, alors que ce moyen avait été soulevé hors délai de pourvoi : « le moyen étant relatif à la compétence de l'auteur de l'acte attaqué, la Cour estime devoir indiquer les raisons pour lesquelles le Conseil était compétent pour l'adopter (C.J.C.E., arrêt du 30 septembre 1982, Amylum, c-108/81, *Rec.* 1982, p. 3107, § 28). Voir également, pour l'invocation d'un moyen relatif à l'inexistence de l'acte communautaire pour la première fois dans le cadre du pourvoi, l'arrêt de la Cour du 15 décembre 1994, Bayer/Commission, c-195/91, *Rec.* 1994, p. 5619.

¹³¹³ C.J.C.E., arrêt du 1^{er} juin 1994, Commission/Brazzelli Lualdi, c-136/92, *Rec.* 1994, p. 1981, § 59.

*recevabilité, au stade du pourvoi, d'un moyen tiré d'une erreur de droit relative à la portée de l'obligation de motivation »*¹³¹⁴.

Il convient cependant de préciser que les parties ne peuvent pas invoquer des éléments de preuve pour la première fois au stade du pourvoi, même s'ils viennent à l'appui de vices d'ordre public. Selon la Cour, le Tribunal est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans les cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été soumis, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi¹³¹⁵.

C'est ainsi que la Cour a jugé qu'au stade d'un pourvoi, elle ne peut pas examiner un moyen de preuve relatif à l'existence d'un intérêt à agir dans le chef des requérants s'il n'a pas été présenté devant le Tribunal de première instance. Dans l'affaire *CNPA*¹³¹⁶, en l'occurrence, les requérants avaient formé un pourvoi contre une décision du Tribunal par laquelle celui-ci avait rejeté comme irrecevable leur recours tendant à l'annulation du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Devant la Cour, les requérants soutenaient que le Tribunal avait violé l'article 230 du traité en constatant qu'ils ne possédaient pas un intérêt direct et individuel à l'annulation du règlement litigieux, compte tenu de leur situation de dépendance économique vis-à-vis des grands fournisseurs. Les requérants alléguaient, comme ils l'avaient fait devant le Tribunal, que les accords verticaux qui instaurent cet état de dépendance échappaient, en vertu du règlement attaqué, à l'application de l'article 81, paragraphe 2. Il était, à cet égard, indifférent selon eux que

¹³¹⁴ C.J.C.E., arrêt du 9 janvier 2003, *Petrotub SA et Republica SA/Conseil*, c-76/00, *Rec.* 2003, p. 79, § 30.

¹³¹⁵ C.J.C.E., ordonnance du 11 avril 2001, *Commission/Cambridge Healthcare Supplies*, c-471/00, *Rec.* 2001, p. 2865. Voir notamment l'arrêt du 11 février 1999, *Antillean Rice Mills e.a./Commission*, c-390/95, *Rec.* 1999, p. 769, § 29.

¹³¹⁶ C.J.C.E., ordonnance du 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission*, c-341/00, *Rec.* 2001, p. 5263.

d'autres entreprises soient dans la même situation que la leur, les unes et les autres ne se singularisant pas moins par rapport à l'immense majorité des entreprises de la Communauté européenne qui ne sont pas dans cette situation particulière. Les requérants avaient cependant ajouté pour la première fois devant la Cour qu'ils auraient été amenés à formuler, en leur qualité de syndicats professionnels, à la suite de la publication du règlement, des observations dont l'absence totale de prise en compte par la Commission leur conférerait un intérêt propre à agir.

La Cour a commencé par examiner les deux premiers arguments des requérants, qui avaient été déjà examinés par le Tribunal, et a conclu à leur rejet : *« il suffit de constater, d'une part, que le Tribunal a correctement appliqué la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle le critère de distinction entre un règlement et une décision doit être recherché dans la portée générale ou non de l'acte en question. Le Tribunal n'a, en effet, commis aucune erreur de droit en constatant que le règlement n° 2790/1999 revêt, par sa portée, un caractère normatif en ce qu'il s'adresse à la généralité des entreprises concernées par des ententes de caractère vertical et ne constitue donc pas une décision au sens de l'article 249 CE. D'autre part, le Tribunal a correctement appliqué la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle une personne physique ou morale ne saurait prétendre être concernée individuellement que si la disposition en cause l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne. En l'occurrence, le règlement n° 2790/1999 ne concerne les requérants qu'en raison de leur qualité objective d'opérateur économique lié par des ententes de caractère vertical »*. En revanche, concernant l'allégation relative à l'existence d'un intérêt propre à agir des requérants en leur qualité de syndicats professionnels ayant formulé des observations à la suite de la publication du règlement, la Cour a considéré que ce moyen, qui n'avait pas été présenté au premier degré, ne pouvait l'être au stade du pourvoi.

La Cour a donc accepté d'examiner l'existence de l'intérêt à agir dans le chef des requérants à la lumière des deux premiers moyens qui avaient été invoqués devant le Tribunal, tandis que le moyen appuyant l'existence d'un intérêt à agir qui n'a pas été invoqué devant le Tribunal de première instance a été rejeté. Cette position de la Cour est une application du principe

selon lequel le Tribunal est seul compétent pour apprécier les faits et que cette appréciation ne peut être sujette au contrôle de la Cour.

A notre avis, le fait de limiter le pouvoir des parties, au niveau du pourvoi, par rapport aux preuves présentées en première instance ne nous semble pas convaincant, même si on peut invoquer le principe de l'objet de la demande et les pouvoirs limités du juge au niveau du pourvoi. Les parties doivent avoir les mains libres pour exiger le respect des principes d'ordre public à tout niveau de la procédure jusqu'au dernier ressort. Si les parties peuvent invoquer des nouveaux moyens en pourvoi, on ne voit pas pourquoi elles seront empêchées de présenter des nouveaux éléments de preuve à l'appui de leurs anciens moyens déjà soulevés en premier ressort.

SECTION 2. LES PERSONNES POUVANT INVOQUER UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC

La Cour de justice adopte une position très libérale à cet égard. En principe, le demandeur et le défendeur peuvent, chacun, invoquer des moyens d'ordre public. Les requérants sont autorisés à soulever tout moyen d'ordre public qu'ils estiment bon d'invoquer. Les défendeurs, à leur tour, peuvent présenter tout moyen d'ordre public contestant la recevabilité du recours des requérants ou le bien fondé des moyens avancés par ces derniers.

Le droit d'invoquer un moyen d'ordre public ne revient pas uniquement à la partie principale, il peut être soulevé également par les parties intervenantes¹³¹⁷. Elles peuvent invoquer des moyens d'ordre public, comme la partie au principal, à tout moment de la procédure. De la sorte, le moyen d'ordre public met en échec les limites que le droit communautaire met aux droits des parties intervenantes dans un litige : en principe, les conclusions de la requête en intervention ne peuvent avoir d'autre objet que l'appui aux conclusions de la partie au soutien

¹³¹⁷ Voir notamment : arrêt du 11 juillet 1990, Neotype/Commission, c-305/86 et c-160/87, *Rec.* 1990, p. 2945, et arrêt du 30 janvier 2002, Italie/Commission, c-107/99, *Rec.* 2002, p. 1091 ; T.P.I., arrêt du 28 mars 2001, Institut des mandataires agréés/Commission, t-144/99, *Rec.* 2001, p. II-1087.

de laquelle elle intervient¹³¹⁸, ils ne peuvent contenir une exception d'irrecevabilité ou un moyen de fond qui n'a pas été soulevé par les parties au principal¹³¹⁹.

Il convient également de préciser que l'invocation d'un moyen d'ordre public n'est pas un avantage uniquement octroyé aux destinataires de la règle d'ordre public. La notion de l'ordre public de protection n'est pas connue en droit communautaire¹³²⁰. Toute personne attaquant un acte communautaire en justice peut invoquer la contrariété de cet acte à une règle d'ordre public, même si celle-ci est adressée, en principe, à l'institution qui a adopté l'acte et non aux requérants. Cette question a été tranchée expressément dans l'affaire *Socurte*¹³²¹. Dans le cas d'espèce, les requérantes mettaient en cause une décision de la Commission pour violation des formes substantielles, parce que la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 2950/83 — qui dispose que la Commission, avant d'adopter une décision de suspension, de suppression ou de réduction du concours du FSE, doit donner à l'État membre concerné l'occasion de présenter ses observations — n'avait pas été respectée. Devant la Tribunal, la Commission avait contesté la recevabilité de ce moyen : un tel vice de procédure ne saurait être invoqué que par le seul État membre concerné, lequel aurait renoncé en acceptant la décision de réduire le concours du FSE.

¹³¹⁸ Article 34, troisième alinéa, du statut de la Cour.

¹³¹⁹ Article 93/4 du règlement de procédure.

¹³²⁰ Les règles d'ordre public de protection (connu également sous le nom de l'ordre public relatif) sont des règles qui sont sanctionnées par une nullité dont ceux qui peuvent s'en prévaloir seulement c'est la partie protégée. Il est conçu uniquement pour protéger les intérêts privés de cette partie, comme dans le cas en droit interne du salarié en droit de travail ou l'assuré dans le droit d'assurance. Il est manifeste que la protection des intérêts privés des personnes, dans ces domaines, constitue un impératif politique du système gouverneur, c'est pourquoi il les a encadré d'une protection d'ordre public, toutefois, le fait que ce sont les intérêts privés des personnes qui sont en cause, a emmené le législateur à laisser l'appréciation de leur protection à leur titulaire (voir en ce sens, Georges Rippert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle » dans *Mélanges Geny*, Paris, Sirey, 1934, p. 348 et Thierry Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 43-63). Ce type d'ordre public a été opposé à « l'ordre public de protection » qui protège principalement les intérêts généraux de la société et dont la violation peut être invoquée par toute personne intéressée.

¹³²¹ T.P.I., arrêt du 7 mars 1995, *Socurte e.a./Commission*, t-432/99, *Rec.* 1995, p. II-503.

Le Tribunal a, cependant, rejeté cette fin de non-recevoir en affirmant le droit de tout particulier d'invoquer un moyen d'ordre public contestant une décision à l'égard de laquelle il a intérêt à agir. Il existerait une présomption irréfragable de l'existence d'un intérêt légitime dans le chef du requérant qui se prévaut de tels moyens tant qu'il est concerné par la décision attaquée en général « *le Tribunal estime que l'intérêt des requérantes à s'en prévaloir ne saurait être contesté. Selon la jurisprudence en effet, les particuliers disposent d'un intérêt légitime à se prévaloir devant le juge communautaire du non-respect éventuel de la formalité* »¹³²².

On peut donc conclure que la faculté des parties au litige d'invoquer un moyen d'ordre public ne peut être mise en échec par le biais de l'exigence, dans leur chef, d'un intérêt particulier pour ce moyen. Si la Cour, à plusieurs reprises, a entouré cette condition d'une protection très rigoureuse, notamment à l'égard de l'invocation des moyens de fond, il ressort cependant de sa jurisprudence qu'elle n'oppose pas cette fin de non-recevoir à un moyen d'ordre public invoqué par les parties¹³²³. Il en va de même pour les moyens d'ordre public présentés par les parties intervenantes. Celles-ci ne sont pas non plus tenues de prouver un quelconque intérêt pour invoquer des moyens d'ordre public ou pour se rallier aux moyens présentés par les parties qu'elles viennent soutenir quand ces moyens sont d'ordre public¹³²⁴.

Les moyens qui n'ont pas valeur d'ordre public sont manifestement irrecevables lorsque la partie qui les invoque ne fait pas foi d'un intérêt à agir particulier à l'égard de l'invocation de ce moyen. Ainsi, dans l'affaire *Deboeck*¹³²⁵, le requérant faisait valoir que le concours litigieux devait être annulé parce que l'avis de concours n'avait pas été précédé de la publication de l'avis de vacance d'emploi exigée par l'article 4, alinéa 2, du statut des

¹³²² Il a été également jugé qu'une requérante peut réclamer l'annulation d'une décision lui infligeant le paiement d'une amende, si par exemple l'institution n'a pas recueilli l'avis de l'organe consultatif avant l'adoption de cette décision (arrêt du 13 juillet 1965, *Société des aciéries du Temple/Haute Autorité*, c-39/64, *Rec.* 1965, p. 937).

¹³²³ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/ICI*, *Rec.* 2000, p. 2341, sp. p. 2355.

¹³²⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4323, sp. p. 4301.

¹³²⁵ C.J.C.E., arrêt du 16 octobre 1975, *Deboeck/Commission*, c-90/74, *Rec.* 1975, p. 1123.

fonctionnaires. Comme ce moyen n'est pas d'ordre public, la Cour n'a pas hésité à le déclarer irrecevable, faute d'intérêt à agir du requérant : « *attendu que ce moyen, relatif à une condition de forme à l'accomplissement de laquelle est subordonnée la régularité de l'acte attaqué, est irrecevable à défaut d'intérêt dans le chef de la requérante* »¹³²⁶.

Bien que nous saluons cette jurisprudence favorisant une large protection des principes d'ordre public communautaire, en offrant le droit à toute partie au litige d'invoquer les moyens d'ordre public sans prouver un intérêt d'agir particulier à cet égard, pourtant, cette exception à la nécessité de prouver un intérêt à agir n'est appliquée qu'au regard des moyens invoqués à l'appui du recours. Au niveau principal, le requérant reste tenu de prouver son intérêt à agir : il ne peut former un recours lorsqu'il ne fait pas foi d'un intérêt à agir, même s'il s'appuie sur des moyens de fond d'ordre public¹³²⁷. Ainsi, la personne attaquant en justice un acte communautaire en invoquant la violation de principes d'ordre public, peut se voir empêcher de continuer de le faire, si elle ne fait pas foi d'un intérêt à agir de principe, et ceci, quelle que soit l'importance des règles dont elle invoque la violation¹³²⁸.

Cette limitation malheureuse de l'invocation des moyens d'ordre public provient, à notre avis, d'un principe reconnu en France et dans la plupart des Etats membres en vertu duquel les moyens d'ordre public de procédure prévalent sur ceux du fond. Les principes relatifs à l'organisation du contentieux sont si importants que leur application ne peut être écartée par d'autres principes même d'ordre public.

Toutefois, si cette jurisprudence peut être acceptée avec réticence en matière d'intérêt à agir, puisqu'il ne s'agit pas seulement d'un principe de caractère procédural, mais également d'un

¹³²⁶ *Id.*, § 12.

¹³²⁷ Voir l'ordonnance de la Cour du 10 mai 2001, Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France/ Conseil, c-345/00, *Rec.* 2001, p. 3811. Voir pour le même principe, l'arrêt de la Cour du 9 janvier 2003, Petrotub/Conseil, c-76/00, *Rec.* 2003, p. 79.

¹³²⁸ Voir sur cette jurisprudence en détail *supra*, partie II, chapitre II, section préliminaire, p. 344.

principe de base de l'ordre juridique : empêcher l'existence d'une action populaire, on voit mal pourtant que cette jurisprudence puisse être étendue, indifféremment à toute fin de non-recevoir. Il faudra chaque fois que le juge effectue un travail d'évaluation des règles procédurales en causes. L'importance relative à l'application des délais de recours n'est certainement pas pareille en cas de vices relatifs à l'instance.

CHAPITRE II

LE POUVOIR DU JUGE COMMUNAUTAIRE DE SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC

SECTION 1. LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC SOULEVES D'OFFICE PAR LE JUGE COMMUNAUTAIRE

Les moyens d'ordre public peuvent être soulevés d'office par le juge communautaire à tout moment, même après le dépôt du mémoire en défense¹³²⁹, soit en première instance, soit au niveau du pourvoi¹³³⁰. Si les textes communautaires n'envisagent ce pouvoir du juge communautaire qu'à l'égard des moyens de *recevabilité* d'ordre public¹³³¹, la Cour ne s'est pas attachée aux termes de l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure et s'est reconnue également le droit de soulever d'office les moyens de *fond* d'ordre public¹³³². On voit la Cour affirmer par exemple, à l'égard d'un moyen pris de la violation de formes substantielles : « *la Cour examine d'office la question de savoir si l'article b de la décision 2-54 constitue une violation de formes substantielles* »¹³³³.

¹³²⁹ C.J.C.E., arrêt du 6 juillet 1988, Procédure pénale contre Ledoux, c-127/86, *Rec.* 1988, p. 3741.

¹³³⁰ Certains avocats généraux, comme l'avocat général Cosmas dans ses conclusions sous l'affaire *Hüls*, contestaient sans raisons convaincants, le pouvoir de la Cour de soulever d'office un moyen qui n'a pas été invoqué en première instance, car, selon eux, cela eût nécessité l'examen des faits, alors que le juge de pourvoi a pour seule mission d'examiner les erreurs de droit éventuelles commises en première instance (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4311).

¹³³¹ Article 92, § 2, du règlement de procédure.

¹³³² La Cour a examiné, dans l'affaire *Amylum*, la question de son pouvoir de soulever d'office différents types de moyens à la lumière de l'article 92, § 2, de son règlement de procédure. Après avoir constaté que l'article 92, § 2, ne lui confère que le droit de soulever d'office des moyens d'ordre public d'irrecevabilité et non de fond, elle a jugé que, néanmoins, elle pouvait examiner d'office le moyen relatif à l'incompétence de l'auteur d'un acte communautaire (C.J.C.E., arrêt du 30 septembre 1982, c-108/81, *Rec.* 1982, p. 3107). Toutefois, cet arrêt ne manifeste pas, à notre avis, une nouvelle orientation de la Cour : il s'agit de la confirmation expresse de sa jurisprudence antérieure, puisque la Cour n'a pas hésité dès sa création à soulever d'office les moyens de fond d'ordre public.

¹³³³ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, France/Haute Autorité, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7.

Le pouvoir du juge de soulever d'office des moyens d'ordre public n'est lié à aucune condition, pas même l'approbation de la personne ou de l'institution en faveur de laquelle a été instituée la règle d'ordre public. Il constitue, en principe, une garantie indispensable du respect des dispositions constitutionnelles de tout système juridique¹³³⁴. Comme l'a bien constaté l'avocat général Léger dans l'affaire *Gutiérrez de Quijano y Lloréns*¹³³⁵, la fonction de juger impartie au juge communautaire le place nécessairement en position de tiers par rapport au litige qui lui est soumis. Le rôle du juge n'est pas pour autant passif et il ne saurait lui être enjoint de n'être que « la bouche des parties ». Sa mission de *juris dictio* suppose qu'il soit en mesure d'appliquer les règles de droit pertinentes pour la solution du litige aux faits qui lui sont présentés par les parties¹³³⁶. Il ne saurait être tenu par les seuls arguments avancés par les parties au soutien de leurs prétentions, sauf à se voir contraint, le cas échéant, de fonder sa décision sur des considérations juridiques erronées¹³³⁷. Le juge n'est plus le témoin impartial d'un débat dont il n'est pas le maître : à l'époque contemporaine, le principe de neutralité du juge a effectivement disparu dans tous les systèmes juridiques, y compris au sein de l'ordre juridique communautaire¹³³⁸.

Le pouvoir du juge communautaire de soulever d'office un moyen d'ordre public est normalement employé pour suppléer la carence des parties. Le juge communautaire l'exerce

¹³³⁴ Jean Vincent, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1978, p. 12, p. 334.

¹³³⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, *Rec.* 1998, p. 7421.

¹³³⁶ Comme l'écrit l'avocat général Jacobs, le pouvoir du juge communautaire de soulever d'office un moyen d'ordre public trouve sa raison principale dans le fait que l'article 31 du traité donne mission à la Cour d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des dispositions communautaires (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Salzgitter/Commission*, arrêt du 13 juillet 2000, c-210/98, *Rec.* 2000, p. 5843, § 137).

¹³³⁷ Heurté exprime la même idée en droit français. Selon l'auteur, le juge administratif assume un rôle dont il serait injuste de sous-estimer la difficulté : il est le gardien de la sécurité dans les relations juridiques et il doit faire régner l'ordre dans l'Etat. A cet effet, il doit pouvoir rechercher les irrégularités et les sanctionner sans indulgence, le requérant n'étant pas seulement le défenseur d'un intérêt individuel, mais encore l'auxiliaire de la justice. Le moyen d'ordre public est l'instrument essentiel du juge dans l'accomplissement de cette tâche (André Heurté, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative française », *précité*, p. 648).

¹³³⁸ *Id.*, p. 648.

dans le silence des parties ou lorsqu'elles ne soulèvent que des doutes n'ayant pas la forme d'un moyen concret¹³³⁹.

En général, le juge peut soulever un moyen d'office non seulement lorsqu'il est certain qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, mais également lorsqu'il éprouve des doutes sur son caractère d'ordre public. Dans ce cas, il est tenu d'exposer son appréciation de la question litigieuse dans le texte de l'arrêt. Ainsi, dans l'affaire *Roquette frères II*, on voit la Cour examiner d'office la question de savoir si le délai de prescription de l'action extracontractuelle énoncé par l'article 46 du statut de la Cour est d'ordre public ou non : « *En l'espèce, la Commission, partie défenderesse, n'a pas invoqué la prescription de l'action intentée (...) Or, un examen comparé des systèmes juridiques des États membres fait apparaître que, en règle générale et à quelques exceptions près, le juge ne peut pas soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action* »¹³⁴⁰.

Il arrive parfois que le juge refuse de soulever d'office un moyen d'ordre public, mais qu'il accepte néanmoins de le discuter. Ce cas n'est pas fréquent dans la jurisprudence de la Cour : on ne l'a relevé qu'une seule fois, mais il témoigne d'une certaine hésitation du juge communautaire à l'égard de son pouvoir. Il s'agit de l'affaire *British Steel*. Le Tribunal y examine la recevabilité d'un moyen invoqué par la partie intervenante qui n'avait pas été soulevé par les parties au principal. Le moyen consistait à soutenir qu'une entreprise concernée par une décision faisant partie d'un « paquet » ne peut pas attaquer séparément la décision qui l'affecte, mais est tenue, pour la contester, d'introduire un recours en annulation contre l'ensemble des décisions du « paquet ». Le Tribunal a rejeté ce moyen qui, n'étant pas d'ordre public, ne pouvait être développé par une partie intervenante si la partie qu'elle vient soutenir ne l'avait pas soulevé, mais elle a examiné brièvement son bien-fondé : « *en l'espèce,*

¹³³⁹ Cela peut apparaître clairement dans les termes employés par le juge communautaire en soulevant d'office un moyen d'ordre public : « *il y a lieu de constater, à titre liminaire, que l'attitude de la Commission est ambiguë dans la mesure où elle n'indique pas clairement si elle invoque ou non l'irrecevabilité du présent recours. Dans ces conditions, il convient de faire application de l'article 92, paragraphe 2, du règlement de procédure, selon lequel la Cour peut, à tout moment, examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public* » (C.J.C.E., arrêt du 27 juin 1989, Giordani/Commission, c-200/87, Rec. 1989, p. 1877).

¹³⁴⁰ C.J.C.E., arrêt du 30 mai 1989, Roquette frères/Commission, c-20/88, Rec. 1989, p. 1553, § 11-12.

le moyen d'irrecevabilité invoqué par la partie intervenante ne se rapportant pas à une de ces conditions essentielles, il n'y a pas lieu de le soulever d'office. (...). Or, l'imposition d'une telle condition de recevabilité non seulement n'est pas prévue par les dispositions pertinentes du traité, mais, en outre, serait en totale contradiction avec le libellé et l'esprit de l'article 33, deuxième alinéa, du traité, qui consacre expressément le droit d'agir des entreprises et des associations d'entreprises contre les décisions individuelles les concernant »¹³⁴¹.

Toutefois, l'examen d'office d'un moyen ne doit pas figurer dans le texte de l'arrêt s'il est écarté par le juge communautaire, même si les parties ont exprimé des doutes sur cette question. C'est en effet la politique du juge communautaire à l'égard de tout moyen nouveau invoqué par les parties et non nécessairement à l'égard des moyens d'ordre public : *« il ne saurait (...) être exigé du Tribunal, chaque fois qu'une partie invoque, au cours de la procédure, un moyen nouveau qui ne répond manifestement pas aux exigences de l'article 48, paragraphe 2, de son règlement de procédure, (...) qu'il explique dans son arrêt les raisons pour lesquelles ce moyen est irrecevable »*¹³⁴². Il arrive cependant, très rarement, que la Cour prenne le soin de déclarer qu'elle n'a pas trouvé des moyens d'ordre public à soulever d'office dans le recours. Cette tendance marque notamment les premiers arrêts de la Cour *« les parties ne soulèvent aucune exception d'irrecevabilité. En l'espèce, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'en soulever d'office »*. Elle n'est presque plus applicable actuellement¹³⁴³.

La Cour n'emploie pas une formule précise lorsqu'elle fait usage de son pouvoir de soulever d'office un moyen. Elle peut le déclarer expressément ou se contenter de mentionner le caractère d'ordre public du moyen qu'elle soulève ce qui fait comprendre au lecteur pourquoi

¹³⁴¹ T.P.I., arrêt du 24 octobre 1997, British Steel plc/Commission, t-243/94, *Rec.* 1997, p. II-1887.

¹³⁴² C.J.C.E., arrêt du 16 mars 2000, Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission, c-395/96, *Rec.* 2000, p. 1365. L'avocat général ne partageait pas l'opinion de la Cour. Il estimait que tout arrêt définitif doit montrer les raisons de cette décision. Si le Tribunal ne le fait pas, la Cour doit le faire : *« Toutefois, puisque, en dépit de l'article 48, paragraphe 2, troisième alinéa, du règlement de procédure du Tribunal, qui prévoit que « l'appréciation de la recevabilité du moyen reste réservée à l'arrêt mettant fin à l'instance », le Tribunal n'a pas vérifié la recevabilité de ce moyen, il appartient, selon nous, à la Cour d'expliquer les raisons justifiant son irrecevabilité »* (*Rec.* 2000, p. 1344, § 104).

¹³⁴³ C.J.C.E., arrêt du 21 décembre 1954, France/Haute Autorité, c-1/54, *Rec.* 1954, p. 7.

elle l'examine d'office. Elle peut parfois déclarer simplement qu'en dépit du fait que les parties ont manqué de soulever le moyen, elle examinera son bien-fondé : « *même dans l'inexistence de contestation formelle de la part de la requérante ou sans soulever formellement une exception d'irrecevabilité...* »¹³⁴⁴. La présence d'une telle formule est souvent le témoin de l'exercice, par le juge communautaire, de son pouvoir de soulever d'office un moyen d'ordre public.

Enfin, il n'est pas nécessaire que le moyen soit fondé pour que le juge communautaire puisse l'examiner d'office¹³⁴⁵. Le juge examine expressément le moyen d'ordre public s'il éprouve uniquement des doutes quant à son bien fondé. Les moyens qui ne soulèvent aucun doute quant à leur absence de fondement ne figurent normalement pas dans le dispositif de l'arrêt.

SECTION 2. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DU JUGE COMMUNAUTAIRE DE SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC AU REGARD DE L'OBJET DU LITIGE

Le pouvoir du juge communautaire de soulever d'office un moyen d'ordre public n'est pas un pouvoir absolu. Un tel pouvoir ne saurait éventuellement exister qu'en fonction des éléments de fait versés au dossier¹³⁴⁶. Le juge communautaire ne pourrait aller jusqu'à collectionner des preuves pour prouver l'existence d'une violation d'une règle d'ordre public si elles n'ont pas été présentées par les parties dans le dossier. L'invocation d'un moyen d'ordre public serait donc lié au dossier. S'il n'existe pas d'indices pouvant contribuer à aider le juge à soupçonner l'existence de tels vices, ledit juge ne doit pas se lancer dans leur examen d'office.

¹³⁴⁴ C.J.C.E., arrêt du 19 octobre 1995, *Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV et Regionaal Energiebedrijf Salland NV/Commission*, c-19/93, *Rec.* 1995, p. 3319. Voir également l'arrêt du 1^{er} décembre 1983, *Domenico Morina/Parlement*, c-18/83. *Rec.* 1983, p. 4051.

¹³⁴⁵ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Commission/ICI*, arrêt du 6 avril 2000, *Rec.* 2000, p. 2341.

¹³⁴⁶ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Partecipazioni*, *Rec.* 1999, p. 4125.

La question relative au pouvoir du juge communautaire de soulever d'office les preuves relatives aux moyens d'ordre public n'a été abordée que récemment par la Cour de justice dans les affaires *P.V.C.*¹³⁴⁷. Dans ces différentes affaires, la question examinée par la Cour concernait plus particulièrement le pouvoir du juge communautaire de procéder à des mesures d'instruction pour la collecte de preuves concernant l'existence d'une violation d'une formalité d'ordre public, à savoir le défaut d'authentification.

Le Tribunal de première instance avait omis d'ouvrir la procédure orale pour collecter des preuves sur l'existence de ce vice. Les requérants en pourvoi reprochèrent au Tribunal le non-respect de l'article 62 de son règlement de procédure qui donne au juge le droit d'ouvrir la procédure orale une fois l'avocat général entendu. Ils soutenaient que le juge communautaire ne disposait pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité lui permettant de se prononcer en toute liberté sur la réouverture de la procédure orale. En réponse à ce moyen, la Commission faisait valoir que l'article 62 du règlement de procédure n'impose pas au Tribunal d'ouvrir la procédure orale, comme le prétendaient les requérants, mais lui en donne uniquement la faculté. Une vérification d'office n'aurait été nécessaire que si les parties avaient avancé des indices suffisants pour suggérer l'existence de tels vices¹³⁴⁸.

C'est cette thèse qui a été retenue par la Cour et non celle des requérants. La Cour a ainsi constaté que le pouvoir de soulever d'office un moyen d'ordre public ne signifie pas automatiquement que le juge puisse également chercher d'office les preuves de l'existence de tels vices : « *Le Tribunal n'était pas tenu d'ordonner la réouverture de la procédure orale en raison d'une prétendue obligation de soulever d'office des moyens tenant à la régularité de la procédure d'adoption de la décision (...). En effet, une telle obligation de soulever d'office des*

¹³⁴⁷ C.J.C.E., arrêts du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 428, et du 8 juillet 1999, ICI/Commission, c-200/92, *Rec.* 1999, p. 4399, et du 8 juillet 1999, Shell/Commission, c-234/92, *Rec.* 1999, p. 4501, et du 8 juillet 1999, Chemie Linz/Commission, c-245/92, *Rec.* 1999, p. 4643.

¹³⁴⁸ Voir C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Hoechst/Commission, c-227/92, *Rec.* 1999, p. 4443, § 91 ; et C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Hüls/Commission, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 428, § 114. Selon la Commission, l'objectif des mesures d'organisation de la procédure, tel que décrit à l'article 64, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, serait d'assurer la mise en état des affaires et le déroulement des procédures et non de remédier aux négligences commises par la partie requérante lors de la présentation de ses moyens.

*moyens d'ordre public ne saurait éventuellement exister qu'en fonction des éléments de fait versés au dossier »*¹³⁴⁹.

Selon la Cour, en règle générale, si la demande de mesures d'instruction (ou la demande de réouverture de la procédure orale) a été présentée après la clôture de la procédure orale, elle ne peut être retenue que si elle porte sur des faits qui sont de nature à exercer une influence décisive sur la solution du litige et que l'intéressé n'avait pu faire valoir avant la fin de la procédure orale¹³⁵⁰. Cependant, le juge ne peut ordonner de telles mesures d'office ou sur demande des parties que si le requérant a fourni des éléments accréditant l'utilité des mesures d'organisation de la procédure ou d'instruction.

La Cour, dans ces affaires, s'est appuyée sur l'opinion de son avocat général, qui estimait que : *« l'obligation inhérente au contrôle juridictionnel d'office est moins impérative que le devoir de diligence incombant aux parties, lequel (...) les oblige à relever et à faire valoir en temps utile ne fût-ce que les éléments dont on peut inférer d'éventuelles irrégularités formelles de l'acte attaqué (..) ; le contrôle d'office auquel procède le juge de l'annulation n'a pas été institué pour remédier aux négligences des parties. Il vise à sauvegarder l'ordre juridique, par la constatation et la condamnation des irrégularités graves et flagrantes affectant les actes adoptés par les institutions communautaires. Lorsque ces irrégularités ne ressortent pas des éléments du dossier, le juge communautaire n'est pas tenu d'ordonner des mesures d'instructions complémentaires. Il a la faculté non le devoir de franchir une étape supplémentaire dans son examen »*¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, *Montecatini/Commission*, c-235/92, *Rec.* 1999, p. 4539.

¹³⁵⁰ Voir, notamment, les arrêts du 16 juin 1971, *Prelle/Commission*, c-77/70, *Rec.* 1971, p. 561, § 7, et du 15 décembre 1995, *Bosman*, c-415/93, *Rec.* 1995, p. 4921, § 53.

¹³⁵¹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Hüls/Commission*, c-199/92, *Rec.* 1999, p. 4329, note 71. Dans l'affaire *Montecatini/Commission*, l'avocat général a également soutenu cette thèse en considérant que s'il n'est pas interdit au juge communautaire de soulever d'office des éléments de preuve, il s'agit simplement d'une faculté qui n'est pas sanctionnée en cas d'omission : *« Dans la mesure où les preuves concernant une question examinée d'office ne sont pas complètes, le juge communautaire n'est pas tenu de procéder de sa propre initiative à un examen plus poussé de celle-ci, en ordonnant une instruction complémentaire, étant donné qu'il a la faculté, non l'obligation, de procéder à une analyse plus complète »* (*Rec.* 1999, p. 4539).

En définitive, la Cour de justice exige, pour pouvoir user de son pouvoir de soulever d'office un moyen d'ordre public, que le dossier contienne tous les éléments de preuve de l'existence de ce vice. Dans le cas où les preuves sont insuffisantes, le juge communautaire n'est pas tenu d'ordonner des mesures d'instructions pour collecter les preuves nécessaires, mais il est libre de procéder à de telles mesures¹³⁵². En d'autres termes, s'il n'existe pas d'indices qui peuvent contribuer à aider le juge à soupçonner l'existence de tels vices, il n'est pas tenu de les chercher. Il incombe aux requérants, s'ils estiment que l'acte est entaché d'un vice d'ordre public, de fournir les indices nécessaires qui le prouvent¹³⁵³.

Le pouvoir de soulever d'office un moyen d'ordre public est donc lié à l'existence préalable, dans le dossier, d'éléments de fait qui laissent supposer l'existence d'un tel vice. En revanche, si les éléments de fait et de droit, dans le procès, sont de nature à constituer une violation d'une règle d'ordre public, laquelle est soumise d'office au contrôle du juge, celui-ci doit examiner ces éléments et n'est pas dispensé de constater l'infraction en question et de tirer les conséquences qui en découlent¹³⁵⁴. A cet égard, il ne faut pas s'arrêter à la qualification juridique que la partie a donnée à ces éléments.

¹³⁵² La Cour a décidé que : « même s'il appartient au juge communautaire d'examiner d'office, dans le cadre d'un recours en annulation au titre de l'article 173, deuxième alinéa, du traité CE, la question de l'existence de l'acte attaqué, cela ne signifie toutefois pas que, dans chaque recours fondé sur l'article 173, deuxième alinéa, du traité CE, il y ait lieu de procéder d'office à des investigations concernant une éventuelle inexistence de l'acte attaqué. Ce n'est que dans la mesure où les parties avancent des indices suffisants pour suggérer une inexistence de l'acte attaqué que le juge est tenu de vérifier cette question d'office » (C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission*, c-245/92, *Rec.* 1999, p. 4643).

¹³⁵³ Il faut noter que la faculté de rouvrir la procédure orale ou les mesures d'instructions qui est octroyée au juge communautaire ne dépend pas en principe, selon la Cour de justice, du caractère d'ordre public de la disposition en cause : « à cet égard, il convient de rappeler que la Cour peut, d'office ou sur proposition de l'avocat général, ou encore à la demande des parties, ordonner la réouverture de la procédure orale, conformément à l'article 61 de son règlement de procédure, si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties » (C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 2003, *Theodor Schilling et Angelica Fleck-Schilling/Finanzamt Nürnberg-Süd*, c-209/01, *Rec.* 2003, p. 13389. Voir notamment les arrêts du 18 juin 2002, *Philips*, c-299/99, *Rec.* 2002, p. 5475, § 20, et du 7 novembre 2002, *Hirschfeldt/AEE*, c-184/01, *Rec.* 2002, p. 10173, § 30).

¹³⁵⁴ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Montecatini/Commission*, arrêt du 8 juillet 1999, c-235/92, *Rec.* 1999, p. 4539 et p. 4550, note 10.

A notre avis, cette jurisprudence respecte la nature de la tâche du juge et ses limites, même si l'intérêt communautaire visé par les règles d'ordre public nécessite l'intervention du juge pour suppléer le défaut des parties à soulever un moyen d'ordre public ou à présenter les preuves de son existence. Il est effectivement presque impossible de demander au juge communautaire, à l'occasion de chaque recours, de chercher les preuves de fait relatives au bien fondé de tout moyen d'ordre public qui peut être invoqué à l'encontre de l'acte attaqué. C'est un travail qui dépasse les capacités matérielles et professionnelles du juge communautaire. La Cour a ainsi fait prévaloir des exigences tenant à la stabilité et le bon déroulement des procédures sur la protection des moyens d'ordre public.

SECTION 3. SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC : FACULTE OU OBLIGATION ?

Ni le juge, ni les textes communautaires n'ont tranché cette question. Quand le juge communautaire évoque son pouvoir de soulever d'office un moyen, il emploie toujours des verbes ne reflétant l'existence d'aucune obligation dans son chef : « la violation des formes substantielles peut être examinée d'office par le juge communautaire »¹³⁵⁵ ; « Si le juge communautaire constate, à l'examen de l'acte produit devant lui, que ce dernier n'a pas été régulièrement authentifié, il lui appartient de soulever d'office le moyen tiré de la violation d'une forme substantielle consistant en un défaut d'authentification régulière et d'annuler, en conséquence, l'acte entaché d'un tel vice »¹³⁵⁶.

Le seul texte communautaire mentionnant le pouvoir du juge communautaire de soulever d'office un moyen d'ordre public : l'article 92 du règlement de procédure, est rédigé également dans des termes qui n'imposent aucune obligation au juge communautaire quant à

¹³⁵⁵ T.P.I., arrêt 29 juin 1995, Imperial Chemical Industries/Commission, t-37/91, *Rec.* 1995, p. 1901.

¹³⁵⁶ C.J.C.E., arrêt du 6 avril 2000, Commission/Solvay, c-287/95, *Rec.* 2000, p. 2391.

l'exercice de ce pouvoir : « La Cour peut à tout moment, d'office, examiner les fins de non-recevoir d'ordre public, ou constater, les parties entendues, que le recours est devenu sans objet et qu'il n'y a plus lieu de statuer ».

Ainsi, il apparaît à première lecture que le juge n'est pas tenu de soulever d'office un moyen d'ordre public dans le silence des parties. Cette conclusion appelle néanmoins les remarques suivantes :

- 1) Lorsqu'il ressort clairement des éléments de fait contenus dans le dossier que la procédure judiciaire ou l'acte litigieux est entaché par un vice d'ordre public, sans qu'il ait pu être remarqué par les parties, le juge communautaire, à notre avis, ne pourrait pas dans ce cas passer à côté sans soulever le moyen. Autrement, le pouvoir conféré au juge communautaire de soulever d'office un tel moyen n'aurait pas de sens. Ce constat est confirmé lorsque le juge rectifie les moyens soulevés, tardivement par les parties, ou soulevés pour la première fois devant la Cour statuant sur pourvoi.
- 2) L'omission du juge de première instance de soulever d'office un moyen d'ordre public peut constituer une erreur de droit justifiant que son arrêt soit cassé sur pourvoi. Si la Cour peut, en effet, examiner au stade du pourvoi le fait que le Tribunal de première instance n'a pas soulevé d'office un moyen d'ordre public, cela signifie certainement qu'il ne s'agit pas d'une faculté mais d'une obligation. Cette obligation n'est pas, à notre avis, uniquement imposée au Tribunal, rien n'empêche qu'elle soit transposée à la Cour elle-même¹³⁵⁷.

¹³⁵⁷ Voir notamment les arrêts de la Cour du 13 décembre 2001, Commission/France, c-1/00, *Rec.* 2001, p. 9989, et du 9 janvier 2003, Petrotub SA et Republica SA/Conseil de l'Union européenne, c-76/00, *Rec.* 2003 p. 79. L'avocat général, dans ses conclusions sous l'affaire *Salzgitter/Commission*, a même soutenu que dans ce cas, la Cour de justice statuant sur pourvoi peut suppléer à l'erreur du Tribunal et examiner cette question d'office : « *il résulte des considérations qui précèdent que le Tribunal aurait dû relever d'office cette question en tant que moyen d'ordre public. Il en ressort également que la Cour se doit d'examiner ce problème au stade du pourvoi bien que le Tribunal s'en soit abstenu. L'une des fonctions essentielles de la procédure de pourvoi, qui se limite aux seuls points de droit, est précisément d'assurer le respect du principe de légalité. Dès lors que la Cour estime que les parties en première instance et le Tribunal se sont abstenus de relever un moyen crucial d'ordre public, la volonté de ces mêmes parties ne saurait décider du point de savoir si ce moyen est évoqué au stade du pourvoi. S'il était " inopportun " pour le Tribunal " de laisser subsister des doutes quant à la légalité d[un acte] ", il serait encore plus inopportun que la Cour, qui est la suprême gardienne de la loi dans l'ordre juridique* ».

On peut donc estimer qu'il ne faut pas s'arrêter aux termes employés par le règlement de procédures et le juge communautaire qui laissent entendre que le pouvoir de soulever d'office d'un moyen d'ordre public n'est qu'une simple faculté accordée au juge. Il doit s'agir d'une obligation qui incombe à celui-ci. Nous penchons vers ce point de vue, non simplement parce qu'il est le plus adapté à la nature de la notion, comme on vient de l'expliquer, mais également parce que c'est le principe suivi par le droit de la plupart des Etats membres. Dans certains de ces pays, il y a même des juges qui sont chargés de relever tous les vices d'ordre public que peuvent comporter le dossier, comme c'est le cas en Belgique et en France¹³⁵⁸.

communautaire, ne soulève pas la question» (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Salzgitter/Commission*, c-210/98, *Rec.* 2000, p. 5843).

¹³⁵⁸ En France, le Conseil d'Etat a tranché expressément cette question en affirmant qu'il existe une obligation qui incombe au juge de soulever d'office tout moyen d'ordre public qui peut ressortir du dossier (C.E., 6 janvier 1928, *Rec. Leb.* p. 28). Il convient cependant de préciser que cette position n'est pas adoptée en matière civile.

CHAPITRE III

L'INVOCATION DU MOYEN D'ORDRE PUBLIC FACE AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Traditionnellement, une partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. Les parties doivent se faire connaître mutuellement les moyens sur lesquels elles se fondent. Ce principe est bien protégé par le règlement de procédure. Ainsi, l'article 39 du règlement énonce l'obligation de l'assignation de la requête du requérant au défendeur avant la présentation de sa défense. L'article 41, à son tour, constitue la garantie principale du respect du principe du contradictoire durant l'instance : il permet au requérant de répliquer au mémoire en défense du défendeur, et à ce dernier de répondre par une duplique à la réplique. Ainsi, le règlement permet à chacune des parties d'être en mesure de s'exprimer sur tout moyen invoqué par l'autre dans les délais de procédure.

Toutefois, le moyen d'ordre public, soulevé d'office par le juge ou invoqué par les parties hors délais de procédures, peut indubitablement avoir des répercussions sur les droits de la défense de l'une des parties, ou même des deux parties, lorsque le moyen est soulevé d'office¹³⁵⁹. Le règlement de procédure de la Cour ne prévoit aucune solution à cet égard. C'est pourquoi la question à laquelle on doit chercher à répondre est de savoir si, en l'absence de réglementation spécifique, le droit ou le juge communautaire permet aux parties au litige de s'exprimer sur les moyens d'ordre public soulevés durant l'instance.

La situation ne suscite pas de problème lorsque le moyen est soulevé par les parties. Pour connaître la solution offerte par le droit communautaire dans ce cas, on doit se référer à la réglementation prévue pour la production des moyens nouveaux en cours d'instance. Selon l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure, si une partie soulève au cours de la procédure un moyen nouveau, le président peut, après l'expiration des délais normaux de la procédure, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, impartir à l'autre partie un

³⁵⁹ Christian Debouy, *précité*, p. 435.

délai pour répondre à ce moyen. Ainsi, rien n'empêche le juge de veiller au respect du principe du contradictoire lorsqu'un moyen nouveau est invoqué après la clôture de la procédure écrite, que ce soit un moyen d'ordre public ou non. Quoiqu'il s'agisse d'une faculté et non d'une obligation, il est bien clair que le juge communautaire, dans la plupart des cas jugés, donne le droit à la partie contre laquelle le moyen d'ordre public est invoqué et qui n'a pas eu le moyen d'y répliquer au cours de l'instance, de s'y exprimer librement. Il est donc clair que le principe du contradictoire ne souffre pas, en principe, des moyens d'ordre public invoqués par les parties hors délais.

En revanche, il faut constater que lorsque le moyen est soulevé par le juge communautaire, le principe du contradictoire en souffre souvent. Le requérant et le défendeur sont tous deux surpris par le moyen d'ordre public soulevé d'office par le juge, qui ne leur était peut-être pas connu durant l'instance. Afin de mieux examiner ce sujet, nous estimons qu'il est forcément nécessaire de distinguer le cas de fins de non-recevoir des moyens de fond.

§ 1. Les moyens d'irrecevabilité

L'article 92 du règlement, relatif aux fins de non-recevoir d'ordre public, ne prévoit pas que la Cour ait l'obligation d'organiser un débat contradictoire sur les moyens qu'elle soulève d'office. Il énonce seulement la possibilité de la Cour d'ouvrir une procédure orale à cet égard.

Au niveau pratique, on remarque que le juge communautaire ne se considère pas comme tenu d'ouvrir un débat contradictoire sur les moyens d'ordre public qu'il a soulevés d'office, notamment lorsqu'il s'agit des moyens d'ordre public de premier rang, comme le moyen relatif à sa compétence, à l'encontre duquel les explications apportées par les parties ne pourront changer la décision du juge : *« la Cour peut déclarer la demande irrecevable sans qu'il y ait lieu au préalable de prendre connaissance des observations de l'autre partie. Tel est le cas en l'espèce, le recours envisagé (...) ne rentrant manifestement sous aucun rapport*

*dans une des voies de recours instituées limitativement par les traités et n'ayant sous aucun aspect un lien avec le droit communautaire »*¹³⁶⁰.

Le même principe a été adopté dans l'affaire *Charlotte Von Bonkewitz-Lindner*¹³⁶¹. En l'espèce, le juge communautaire avait soulevé d'office le fait que la demande de dommages et intérêts n'avait pas fait l'objet d'un recours préalable devant l'administration communautaire. Il a ensuite déclaré le recours irrecevable sans entendre les parties ou leurs explications. Le juge emploie souvent une formule unique à cet égard : « *Le dossier comportant tous les éléments de conviction nécessaires en vue de statuer, il n'a pas paru nécessaire d'entendre les parties en leurs explications orales* »¹³⁶².

La Cour peut également se décider sans mettre en oeuvre la procédure contradictoire, même avant la communication de la requête à la partie contre laquelle celle-ci est formée. Ainsi, dans l'ordonnance *Emrich*¹³⁶³, était en cause un recours visant, en substance, à faire constater la carence de la Commission de veiller, au moyen d'une décision obligatoire adressée à la requérante, à ce que celle-ci puisse exercer effectivement son activité d'avocat allemand devant toutes les juridictions allemandes. La Cour a immédiatement constaté son incompétence pour statuer sur le recours sans entendre les parties ou même communiquer la requête à la Commission. « *Aux termes de l'article 92, paragraphe 1, du règlement de procédure, " lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître d'une requête qui lui est présentée conformément à l'article 38, paragraphe 1, la Cour peut déclarer cette*

¹³⁶⁰ C.J.C.E., ordonnance du 21 octobre 1982, K./Allemagne et Parlement, c-223/82, *Rec.* 1982, p. 3637. Également, dans l'ordonnance *Blot et Front National/Parlement*, la Cour a déclaré d'office irrecevable un recours dirigé contre des actes parlementaires, car ils ne produisaient pas des effets juridiques, sans ouvrir une procédure contradictoire sur ce moyen (*Rec.* 1990, p. 2101).

¹³⁶¹ C.J.C.E., ordonnance du 18 mars 1987, *Charlotte Von Bonkewitz-Lindner/Parlement*, *Rec.* 1987, p. 1417.

¹³⁶² Parfois, la Cour n'emploie pas cette formule, comme dans l'ordonnance *Alan Ainsworth* où elle a constaté que les recours opposent les mêmes parties, tendent aux mêmes fins et reposaient sur le fondement des mêmes moyens que les recours qui avaient donné lieu à un arrêt précédent de la Cour. Elle a immédiatement décidé l'irrecevabilité du recours sur la base de l'article 92, § 2, du règlement de procédure sans même mentionner la position des parties à l'égard de ce moyen qu'elle avait soulevé d'office (ordonnance du 1^{er} avril 1987, *Ainsworth/Commission*, c-159/84, *Rec.* 1987, p. 1579).

¹³⁶³ C.J.C.E., ordonnance du 7 novembre 1990, *Emrich/Commission*, c-247/90, *Rec.* 1990, p. 3913.

*requête irrecevable par voie d'ordonnance motivée ". Cette décision peut intervenir dès avant la communication de la requête à la partie contre laquelle elle est formée »*¹³⁶⁴.

Par contre, on remarque que le juge communautaire ouvre habituellement la procédure contradictoire lorsqu'il soulève d'office certains moyens d'ordre public tenant à la personne du requérant : « *informées de ce que la Cour envisage d'examiner d'office une éventuelle fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'absence d'un acte faisant grief au requérant au sens des articles 90, paragraphe 2, et 91 du statut des fonctionnaires, les parties ont eu l'occasion de présenter par écrit des observations à ce sujet »*¹³⁶⁵.

La Cour semble adopter la même position à l'égard des délais de recours. Ainsi, dans l'affaire *Georges Cladakis*¹³⁶⁶, était en cause une décision de la Commission nommant un stagiaire en qualité d'assistant. La Commission contestait la recevabilité du recours en raison de la tardiveté de la réclamation. Le juge communautaire a décidé, cependant, d'examiner la recevabilité du recours du point de vue de sa tardiveté en demandant aux parties de présenter leurs arguments sur cette question¹³⁶⁷.

Toutefois, cette jurisprudence n'est pas constante. Il arrive quelquefois que la Cour omette d'ouvrir une procédure contradictoire lorsqu'elle soulève d'office ces moyens. C'est notamment le cas de l'ordonnance *Dillinger Hüttenwerke*¹³⁶⁸, dans laquelle la Cour a omis

¹³⁶⁴ *Id.*, § 3.

¹³⁶⁵ C.J.C.E., ordonnance du 11 décembre 1986, *Suss/Commission*, c-25/86, *Rec.* 1986, p. 3929. Le même principe a été suivi dans l'ordonnance *Brüggemann/CES* (c-248/86, *Rec.* 1987, p. 3963). La Cour peut parfois refuser d'ouvrir une procédure contradictoire à l'égard de ces moyens et se contenter de chercher uniquement l'avis de la partie à l'égard de laquelle le moyen est invoqué (ordonnance du 7 octobre 1987, *D.M./Conseil et CES*, c-108/86, *Rec.* 1987, p. 3933).

¹³⁶⁶ C.J.C.E., arrêt du 4 février 1987, *Cladakis/Commission*, c-276/85, *Rec.* 1987, p. 495.

¹³⁶⁷ Voir pour le même principe : ordonnance de la Cour du 16 juin 1988, *Progoulis/Commission*, c-371/87, *Rec.* 1988, p. 3081.

¹³⁶⁸ C.J.C.E., arrêt du 6 juin 1988, *Dillinger Hüttenwerke/Commission*, c-236/86, *Rec.* 1988, p. 3761.

d'ouvrir cette procédure pour examiner si le requérant n'était pas concerné individuellement par l'acte litigieux¹³⁶⁹. De même, dans l'affaire *Progoulis*¹³⁷⁰, la Cour a refusé d'ouvrir cette procédure à l'égard d'un moyen tiré de l'absence d'un acte faisant grief.

Cette position non uniforme du juge communautaire est, à notre avis, regrettable, car il faut ouvrir la possibilité aux parties de s'exprimer sur les points qui leur étaient à la fois inconnus et imprévisibles. L'abstention de la Cour d'ouvrir, dans certains cas, le débat contradictoire risque de provoquer une incertitude dans le chef des parties quant à la solution à donner au litige, car elles ne peuvent pas prévoir à l'avance quels sont les moyens qui peuvent être soulevés d'office et sur lesquels elles n'ont pas eu la possibilité de s'exprimer. Cette situation d'incertitude est aggravée par l'attitude non constante de la Cour à l'égard de l'ouverture du débat contradictoire pour certains moyens d'ordre public. Il n'est jamais possible de savoir avec certitude si la Cour va offrir l'occasion aux parties de s'exprimer sur les moyens qu'elle a soulevés d'office.

§ 2. Les moyens de fond

Si on a pu distinguer une certaine ligne de conduite-quoique hésitante-du juge communautaire en matière des moyens d'irrecevabilité, le cas n'est pas pareille lorsque nous étudions les moyens d'ordre public de fond. Ceci procède principalement du fait que le juge communautaire n'a pas soulevé d'office, depuis la création de la Cour, un moyen d'ordre public de fond de sa propre volonté. Le moyen est toujours invoqué par l'une des parties, le juge communautaire n'intervient pas avec son pouvoir de soulever d'office que lorsque le moyen a été invoqué tardivement.

¹³⁶⁹ La Cour a appliqué le même principe dans l'ordonnance *Chiquita Banana* e.a., où elle a soulevé d'office le défaut d'intérêt à agir sans ouvrir le débat contradictoire ou la procédure orale, car elle a considéré que les éléments du dossier suffisaient pour qu'elle statue sur le litige (C.J.C.E., ordonnance du 21 juin 1993, *Chiquita Banana* e.a./Conseil, c-276/93, *Rec.* 1993, p. 3345). Voir également la même attitude de la Cour dans les ordonnances du 21 juin 1993, *Van Parijs* e.a./Conseil et Commission, c-257/93, *Rec.* 1993, p. 3335, et du 12 juillet 1993, *Gibraltar et Gibraltar Development*/Conseil, c-168/93, *Rec.* 1993, p. 4009).

¹³⁷⁰ C.J.C.E., ordonnance du 16 juin 1988, *Progoulis*/Commission, c-372/87, *Rec.* 1988, p. 3091.

Le moyen d'ordre public de fond est donc toujours invoqué par l'une des parties. Dans ce cas, le principe de contradictoire ne souffre pas, car il s'agit d'un moyen soulevé par l'une des parties que l'autre partie a eu certainement l'occasion d'y répliquer.

Force est de constater que cette attitude de la part du juge communautaire ne fait que compliquer les choses et rendre la notion d'ordre public plus hésitante. Toutefois, nous devons examiner l'hypothèse où le juge va employer son pouvoir de soulever d'office sans être invité par l'une des parties, quelle sera la situation de ces dernières à cet instant, le juge leur permettra de présenter leur observations sur ces moyens avant qu'il prenne sa décision ?

A notre avis, une réponse positive devrait être apportée à cette question. Nous ne devons pas prendre en compte la position hésitante de la Cour de justice en matière de la recevabilité, car il s'agit dans ce cas du fond du droit contesté, c'est le contenu de la demande. Fonder sa décision sur un moyen d'ordre public de fond qui n'a pas été soulevé par l'une des parties, risque certainement de porter atteinte au principe de la sécurité juridique et la crédibilité du système juridictionnel communautaire.

Cette solution est adoptée par une grande partie des droits des Etats membres. La France constitue un exemple particulier à cet égard, car le législateur français a pris le soin de prescrire un décret obligeant le juge, lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office qu'il en informe les parties et leur fixe un délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations¹³⁷¹. L'indication doit être suffisamment précise pour remplir sa fonction d'information et permettre une discussion utile de ce moyen¹³⁷². Cette obligation ne vaut certainement que pour les moyens relevés d'office et sur lesquels la décision sera fondée¹³⁷³. Nous espérons qu'une intervention pareille peut voir le jour en droit

¹³⁷¹ Le décret de 22 janvier 1992 l'article R 611-7.

¹³⁷² C.E., 25 Sept 1995, assoc. des licenciées sans procédure de la régie des passagères d'eau de la Gironde, Leb., p 976.).

¹³⁷³ C.E., 22 juin 1992, Commune De Rothau, Leb., p 1222.

communautaire, mais ceci semble un peu loin à l'état actuel des choses, toutefois, il ne l'est pas impossible.

CHAPITRE IV

LA SANCTION DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE

L'examen de cette question nous conduit à distinguer le régime des fins de non-recevoir (section 1) et celui des moyens de fond (section 2) : dans le premier cas, la sanction est l'irrecevabilité ; dans le second, la nullité.

SECTION 1 LE REGIME DES FINS DE NON-RECEVOIR

Une fois que le juge s'est résolu à admettre le bien-fondé d'une fin de non-recevoir d'ordre public invoquée par les parties ou soulevée d'office, il doit déclarer le recours irrecevable immédiatement. Cette décision d'irrecevabilité peut être déclarée par voie ordinaire¹³⁷⁴ ou, de manière plus radicale, par voie d'ordonnance motivée¹³⁷⁵. Il arrive souvent que ce ne soit pas nécessairement une décision d'irrecevabilité que le juge prononce, mais un non-lieu à statuer lorsque c'est l'objet de la demande qui est en cause. Ce non-lieu à statuer est appliqué le plus fréquemment au cas de l'irrecevabilité pour insuffisance du cadre factuel¹³⁷⁶.

¹³⁷⁴ Voir notamment les arrêts de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, c-24/92, *Rec.* 1993, p. 1277, et du 19 octobre 1995, *Job Centre*, c-111/94, *Rec.* 1995, p. 3361.

¹³⁷⁵ Voir notamment les arrêts de la Cour du 22 juin 2000, *Fornasar e.a.*, c-318/98, *Rec.* 2000, p. 4785, et du 8 juin 1980, *Borker*, c-138/80, *Rec.* 1980, p. 1975.

¹³⁷⁶ Voir C.J.C.E., arrêt du 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo SpA/Circostel et Ministero delle Poste e telecomunicazioni et Ministero della Difesa*, c-320/90, c-321/90 et c-322/90, *Rec.* 1993, p. 393.

La rigueur du principe est atténuée par l'existence de certaines possibilités de régularisation, même si le moyen est fondé. Une *régularisation* peut quelquefois intervenir pour empêcher le juge communautaire de déclarer le recours irrecevable¹³⁷⁷.

La régularisation des fins de non-recevoir n'a pourtant pas été envisagée expressément par le droit communautaire, ni même par le juge communautaire. Il existe même certaines irrégularités qui ne sont pas susceptibles de régularisation. Ce sont les fins de non-recevoir qui protègent un droit objectif. C'est le cas notamment des délais de recours. Permettre la régularisation serait renoncer à l'exigence même du délai de recours¹³⁷⁸. Il en va de même pour l'incompétence de la juridiction communautaire. Ce principe est impératif et ne peut connaître aucune exception¹³⁷⁹. Est également non régularisable, l'absence du recours administratif préalable exigé par l'article 91 du statut des fonctionnaires européens. L'obligation n'aurait pas de sens si l'on acceptait qu'elle puisse faire l'objet d'une régularisation au cours de l'instance.

En pratique, certains moyens peuvent être régularisés au cours de l'instance judiciaire (§ 2) tandis que d'autres ne peuvent l'être qu'avant l'introduction du recours (§ 1^{er}) ou. La jurisprudence de la Cour semble toutefois relativement flottante.

§ 1^{er} La régularisation pour des raisons antérieures à l'introduction du recours

Le nombre d'arrêts concernant cette hypothèse de régularisation n'est pas suffisant pour que l'on puisse dégager certains traits caractérisant la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard.

¹³⁷⁷ Traditionnellement, une régularisation signifie la correction d'un vice préexistant. Elle vise au maintien des effets de l'acte irrégulier en dépit de l'existence d'un tel vice (Maurice-Christian Bergeres, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *C.D.E.*, 1989, p. 407).

¹³⁷⁸ René Chapus, *Contentieux administratif*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 388.

¹³⁷⁹ C.J.C.E., arrêt du 22 novembre 1978, Mattheus, c-93/78, *Rec.* 1978, p. 2203.

Cependant, il faut constater que dans ce cas, si c'est toujours le juge qui décide la régularisation du vice d'ordre public, cette régularisation n'en reste pas moins due à un fait antérieur à l'introduction du recours. Dans ce cas, le juge s'engage à régulariser le vice d'ordre public lorsqu'il lui apparaît que les raisons pour lesquelles le caractère d'ordre public de ce moyen lui a été attribué ont été satisfaites, malgré son défaut.

Comme on vient de l'indiquer, les décisions de la Cour en application de cette jurisprudence ne sont pas nombreuses : deux seulement, sur la totalité des décisions qu'elle a rendues.

Ainsi, dans l'affaire *Brentjens' Handelsonderneming*¹³⁸⁰, la partie défenderesse a mis en doute devant la Cour la recevabilité des questions préjudicielles déférées par la juridiction nationale en raison de l'absence, dans les jugements de renvoi, d'une définition suffisamment précise du cadre factuel et réglementaire des litiges au principal. Après avoir constaté l'insuffisance du cadre factuel et rappelé la nécessité de la définition du cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions posées par le juge national afin de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour ce dernier et qui permette aux parties au litige de présenter leurs observations, la Cour a relevé que dans le cas d'espèce, les informations contenues dans les jugements de renvoi leur avaient permis de prendre utilement position sur les questions posées à la Cour, de sorte que les droits de la défense des parties au litige avaient bien été respectés. Elle a dès lors considéré les questions posées comme recevables¹³⁸¹.

¹³⁸⁰ C.J.C.E., arrêt du 21 novembre 1999, *Brentjens*, c-116/97, *Rec.* 1999, p. 6025.

¹³⁸¹ Dans certains cas, la Cour peut maintenir une partie de la question préjudicielle en déclarant hypothétique l'autre partie (C.J.C.E., arrêt du 9 février 1995, *Leclerc-Siplec/TF1 et M6*, c-412/93, *Rec.* 1995, p. 179). On doit également noter que si l'irrecevabilité était automatique, cela reviendrait à ériger la Cour en juge de la capacité des juridictions à formuler adéquatement les questions. Le principe de séparation des compétences en souffrirait (assili Hatzopoulos, « De l'arrêt *Foglia-Novelli* à l'arrêt *T.W.D. textilwerk* », *R.M.U.E.*, 1994, p. 201).

Dans l'affaire des *compteurs d'énergie électriques*¹³⁸², il s'agissait de l'éventuelle l'irrecevabilité d'un recours en manquement avant lequel la Commission avait émis un avis motivé sans avoir mis, au préalable, l'Etat membre accusé de manquement en mesure de présenter ses observations au regard d'une obligation nettement définie. La Cour a estimé que la Commission n'avait pas satisfait à l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 226 du traité CE en se contentant d'affirmer qu'à son avis, le gouvernement danois n'avait pas mis en vigueur les dispositions nécessaires à la transposition de la directive en cause sans lui préciser les obligations qui lui incombait en vertu de ce texte et qui auraient été méconnues. Toutefois, la Cour considéra que le gouvernement danois avait pu s'exprimer d'une autre manière devant la Commission sur le manquement qui lui était reproché et rejeta l'exception d'irrecevabilité¹³⁸³.

§ 2 La régularisation liée à des faits survenus au cours de l'instance

A) La régularisation au cours de l'instance peut être liée à des éléments de fait ou de droit survenus après l'introduction du recours. L'exemple de régularisation le plus fréquemment appliqué dans ce cas se rapporte aux conditions de forme prévues par l'article 38 du règlement de procédure de la Cour. De tels vices de forme peuvent être régularisés normalement, car, si la requête n'est pas conforme aux conditions énumérées, cet article permet au greffier de la Cour de justice de fixer au requérant un délai raisonnable aux fins de la régularisation de la requête. Toutefois, si ce vice de forme n'a pas été régularisé par la partie concernée, il incombera au juge communautaire de constater éventuellement une régularisation qui pourrait intervenir au cours de l'instance.

¹³⁸² C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1982, *Commission/Danemark*, c-211/81, *Rec.* 1982, p. 4547.

¹³⁸³ *Id.*, § 11.

Cependant, la régularisation de la violation des conditions de forme de la requête devant le juge communautaire peut se heurter à l'application des délais de recours. Ainsi, dans l'affaire *Société Fives Lille Cail*¹³⁸⁴, était en cause l'annulation d'une décision implicite de refus de la Haute Autorité de payer aux requérantes des frais de transport. Devant le juge communautaire, la défenderesse soutenait que le texte des requêtes ne permettait pas de comprendre, faute de précision, la consistance et la portée de ses griefs. La Cour examina d'office cette question, qui s'était exprimée sous la forme de doutes de la défenderesse. Elle commença par constater la faute des requérantes à cet égard : « *les requérantes se sont bornées à reprocher à la Haute Autorité un excès de pouvoir et une violation des règles de droit relatives à l'application du traité, sans préciser en quoi consisterait l'excès de pouvoir, terme général pouvant embrasser tous les cas d'ouverture prévus à l'article 33, et en outre, sans spécifier quelle serait la règle de droit dont la violation par la Haute Autorité serait de nature à justifier un recours* »¹³⁸⁵. Elle reconnut ensuite que les requérantes avaient réussi à préciser ces moyens en cours d'instance : « *ce n'est que dans la réplique que les requérantes concrétisent « la règle de droit » prétendument violée comme étant le principe général qui régit la licéité du retrait d'actes administratifs* »¹³⁸⁶. Toutefois, elle considéra ces explications non comme le développement d'un moyen déjà présenté, mais comme un nouveau moyen, puisque ces explications avaient été présentées après l'expiration des délais de recours : « *la cause d'annulation ainsi énoncée n'avait été visée ni directement ni implicitement dans les requêtes introductives ; elle ne constitue pas une ampliation d'un moyen y énoncé, mais un moyen entièrement nouveau ; son invocation est donc tardive* »¹³⁸⁷.

En dépit de cette position très restrictive de la part de la Cour, il faut constater qu'heureusement, la régularisation de l'imprécision des moyens de la requête est, par sa nature, la seule qui peut se heurter à la théorie des moyens nouveaux. Il ne faut donc pas généraliser la règle et l'étendre à toutes sortes de régularisations, notamment dans le cadre de l'application des autres dispositions de l'article 38 du règlement. En particulier, la

¹³⁸⁴ C.J.C.E., arrêt du 15 décembre 1961, *Société Fives Lille Cail e.a./Haute Autorité*, c-19/60, *Rec.* 1961, p. 561.

¹³⁸⁵ *Id.*, p. 589.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ *Ibid.*

présentation des documents prévus par l'article 38 après l'expiration des délais de recours ne peut être considérée comme une violation des délais de recours, puisqu'il ne s'agit pas de moyens nouveaux, mais de documents venant à l'appui des moyens déjà soulevés dès le début du contentieux. La présentation de ces documents hors délais de recours ne peut être refusée que lorsqu'ils sont employés pour fonder un nouveau moyen explicite.

En ce qui concerne les autres vices d'irrecevabilité d'ordre public, on peut constater qu'une régularisation au cours de l'instance n'est possible qu'en cas d'absence d'une des conditions tenant à la personne du requérant. Théoriquement, les autres vices comme l'incompétence, l'expiration des délais de recours et l'inexistence ne sont pas régularisables, de par leur nature. On peut donc seulement soutenir la possibilité d'une éventuelle régularisation des vices qui peuvent affecter les conditions du droit d'agir, au cours de l'instance, même si la jurisprudence est muette sur ce point. En effet, l'intérêt et la qualité à agir ne doivent pas seulement exister au moment de l'introduction du recours : ils doivent accompagner le requérant tout au long de la procédure jusqu'au jugement final. Ainsi, le fait que des événements sont intervenus au cours de la procédure, qui ont eu pour résultat l'extinction de l'intérêt à agir du requérant, oblige le juge à rejeter le recours comme irrecevable¹³⁸⁸. En revanche, si, au moment de l'introduction du recours, le requérant n'était pas recevable pour défaut d'intérêt à agir, mais qu'en raison de la survenance de faits nouveaux au cours de l'instance cet intérêt à agir lui est reconnu, le juge peut déclarer le recours recevable¹³⁸⁹.

Nous estimons qu'il en est de même pour le défaut de capacité à agir. Si le recours est formé par une personne morale n'ayant pas la capacité d'ester en justice, ce recours se trouverait

¹³⁸⁸ C.J.C.E., arrêt du 5 mars 1980, *Simmenthal/Commission*, c-243/78, *Rec.* 1980, p. 593.

¹³⁸⁹ Etant une fin de non-recevoir protégeant un droit subjectif, le défaut d'intérêt à agir peut, à notre avis, être régularisé après le jugement. Certaines circonstances de fait peuvent intervenir postérieurement à une décision déclarant un recours irrecevable pour faute d'intérêt ou de qualité, qui rendent au requérant cette qualité ou intérêt à agir. Dans ce cas, il est traditionnellement reconnu qu'un recours peut être introduit à nouveau et si le requérant parvient à prouver son intérêt à agir, son recours peut être déclaré recevable. La décision déclarant un recours irrecevable n'a pas autorité de la chose jugée (René Chapus, *Contentieux administratif*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 388).

régularisé si son auteur réussissait à obtenir la personnalité juridique nécessaire durant le recours ou même après.

B) La régularisation peut être ordonnée pour des raisons étrangères aux éléments de droit et de fait qui ressortent du dossier du procès, comme pour des raisons d'économie de procédure. Il arrive que la Cour, pour cette raison, ne déclare pas le recours irrecevable en dépit de l'existence d'une fin de non-recevoir d'ordre public fondée. Ainsi dans l'affaire *Fabrique de fer de Charleroi*¹³⁹⁰, après que les requérantes aient demandé l'annulation d'une décision de la Commission prorogeant le régime de surveillance et de quotas de production de certains produits pour les entreprises de l'industrie sidérurgique, un nouvel article avait été inséré dans la décision litigieuse. Dans leurs répliques, les requérantes demandèrent d'ajouter à leurs conclusions d'annulation ce nouvel article. Ces conclusions nouvelles auraient dû être rejetées par la Cour comme manifestement irrecevables pour respecter le principe de l'immutabilité du litige. Toutefois, pour des raisons d'économie de procédure, elles ont été déclarées recevables : « il serait contraire à une bonne administration de la justice et à une exigence d'économie de procédure d'obliger les requérantes à introduire de nouveaux recours devant la Cour contre le nouvel article »¹³⁹¹.

Le juge communautaire peut également prendre en considération des raisons spéciales aux circonstances relatives à l'adoption de l'acte. Ce fut le cas dans l'affaire *Asmussen*, dans laquelle la Cour n'a pas retenu une fin de non-recevoir liée à la non-identification de l'institution à l'encontre de laquelle le recours était formé, en tenant compte du fait qu'il était particulièrement difficile pour les requérants de connaître l'institution à laquelle ils devaient s'adresser¹³⁹².

¹³⁹⁰ C.J.C.E., arrêt du 29 septembre 1987, *Fabrique de fer de Charleroi/Commission*, c-351/85, *Rec.* 1987, p. 3639.

¹³⁹¹ *Id.*, § 11.

¹³⁹² C.J.C.E., arrêt du 30 septembre 1975, *Asmussen e.a./Commission e.a.*, c-50/74, *Rec.* 1975, p. 1003.

SECTION 2. LE REGIME DES MOYENS DE FOND

La nullité est la sanction prévue quand les moyens de fond d'ordre public sont reconnus fondés à l'égard d'un acte communautaire. L'inexistence, comme on l'a vu au début de cette étude, n'est reconnue que dans certaines limites qui sont presque inapplicables : ce n'est pas une sanction prévue pour un seul vice soulevé par un moyen d'ordre public, mais pour un groupe de vices très graves.

On peut, cependant, constater une certaine tendance du juge communautaire à essayer le plus possible d'éviter l'annulabilité pour les vices relatifs au défaut de formes substantielles. Cette jurisprudence découle d'un principe général établi par la Cour, en vertu duquel l'annulabilité de l'acte communautaire illégal doit toujours être limitée à des cas exceptionnels¹³⁹³.

L'hostilité de la Cour de justice à l'égard de l'annulabilité pour vices de formes se manifeste de deux façons : soit que le vice de forme substantiel puisse être régularisé afin d'éviter l'annulation de la décision viciée (§ 1^{er}) ; soit que l'annulation puisse être écartée, en l'absence de causes de régularisation, pour des motifs étrangers à l'acte litigieux. Ce cas constitue la forme extrême de cette tendance jurisprudentielle (§ 2).

§ 1^{er} La régularisation des vices de forme substantielle

L'annulation pour vice de forme n'est pas fréquente dans la jurisprudence de la Cour. Il semble qu'en dépit du fait que le législateur ait entouré certaines conditions de forme et de procédure d'une protection rigoureuse, le juge éprouve quelque réticence à l'égard de l'annulabilité de l'acte entaché de tels vices.

¹³⁹³ C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1957, *Algera e.a./Assemblée*, c-7/56, *Rec.* 1957, p. 81.

La position hostile à l'égard de la constatation de nullité pour vice de forme se manifeste plus le plus clairement dans la tendance de la Cour de justice à élargir les cas de régularisation des vices de forme. On peut, cependant, constater que cette hostilité n'est pas appliquée au même degré à l'égard des différents vices de forme substantielle.

Le vice relatif au défaut de motivation de l'acte communautaire constitue le sujet principal de la jurisprudence de la Cour en matière de régularisation des vices de forme. La Cour se montre toujours hostile à fonder l'annulation d'un acte sur ce moyen, ce qui l'amène souvent à accepter la couverture du vice relatif au défaut de motivation. Ainsi dans l'affaire *Sergio*, elle a accepté de considérer que la Commission avait couvert un tel vice durant la procédure orale administrative par la communication aux requérants des procès-verbaux des jurys du concours. La Cour a constaté que, de la sorte, le requérant avait pu prendre connaissance des raisons de la décision litigieuse et développer ses moyens de défense¹³⁹⁴.

La Cour peut accepter également une régularisation adressée au requérant après l'introduction du recours, comme c'était le cas dans l'affaire *Kypreos* : « *l'attention du Conseil ayant été attirée, par la requête, sur l'absence de motivation, il a fait connaître au requérant (..) le motif de son rejet et lui a offert d'assumer ses frais d'avocat au cas où il se désisterait de son recours (..) ; il y a lieu de donner acte au Conseil, en premier lieu, de ce qu'à la suite des explications données en cours de procédure, le moyen tiré d'une absence de motivation est devenu sans objet* »¹³⁹⁵.

L'exemple de cet arrêt illustre forcément la tendance hostile de la Cour à l'égard de la sanction des vices de forme substantiels¹³⁹⁶. Nous craignons que cette jurisprudence néglige le fait que la motivation des actes communautaire a été prescrite pour répondre à des besoins de

¹³⁹⁴ C.J.C.E., arrêt du 8 mars 1988, *Sergio/Commission*, c-68/86, *Rec.* 1988, p. 1399.

¹³⁹⁵ C.J.C.E., arrêt du 27 mars 1985, *Kypreos/Conseil*, c-12/84, *Rec.* 1985, p. 1005.

¹³⁹⁶ La couverture de ce vice durant la procédure judiciaire a été sévèrement critiquée par la doctrine (voir en ce sens Jürgen Schwarze, *Droit administratif Européen*, précité, 1994, p. 1497).

sécurité juridique et assurer un bon contrôle de la justice, besoins qui ne peuvent être réalisés en principe par une régularisation au cours d'une instance, même s'il s'agit d'un acte individuel, comme c'était le cas d'espèce. Cette jurisprudence constitue également, à notre avis, un certain revirement de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*, en vertu de la quelle « dans le cadre d'un recours en annulation en vertu de l'article 173 (devenu 230) du traité, la légalité de l'acte attaqué doit être appréciée en fonction des éléments de fait et droit existant à la date où l'acte a été pris (...) ; une régularisation accomplie postérieurement à cette date ne saurait donc entrer en ligne de compte aux fins d'une telle régularisation »¹³⁹⁷.

Toutefois, face à ce libéralisme qui pourrait rendre l'obligation de motivation dénuée de sens, le Tribunal de première instance a tenté de limiter la possibilité de régularisation du défaut de motivation au cas où il existe un début de motivation. Dans le cas de l'absence de toute motivation, aucune régularisation ultérieure ne peut être acceptée, selon le Tribunal¹³⁹⁸.

Cette jurisprudence a été approuvée par certains avocats généraux qui partageaient la même opinion¹³⁹⁹. Toutefois, elle n'a pas été confirmée expressément par les arrêts ultérieurs de la Cour de justice. Déduire une ligne de conduite de la Cour à cet égard, à partir de l'analyse de ses arrêts antérieurs à l'arrêt du Tribunal, s'avère une tâche difficile, tant sa jurisprudence est contradictoire. Si, dans l'affaire *Michel*, la Cour a refusé catégoriquement la régularisation de l'absence de motivation après l'adoption de la décision¹⁴⁰⁰, on la voit, comme on vient d'exposer ci-dessus, accepter dans l'affaire *Kypreos* la régularisation d'une absence de

¹³⁹⁷ C.J.C.E., arrêt du 7 février 1979, France/Commission, c-15/76, *Rec.* 1979, p. 321.

¹³⁹⁸ T.P.I., arrêt du 12 décembre 1996, Rendo e.a./Commission, t-16/91, *Rec.* 1996, p. II-1827. Dans cette affaire, le Tribunal a précisé que « si une motivation dont le début se trouve exprimé dans l'acte attaqué peut être développée et précisée en cours d'instance, il en va autrement lorsque la décision attaquée n'a pas été motivée » (§ 55). Voir pour des commentaires sur cet arrêt D. Ritleng, *Europe*, Février, 1997, p. 34.

¹³⁹⁹ Ainsi M. Léger a constaté, dans ses conclusions sous l'affaire *BPB Industries et British Gypsum*, que l'absence de motivation ne saurait être régularisée au cours de la procédure devant le Tribunal (conclusions de l'avocat général dans l'affaire *BPB Industries et British Gypsum*, *Rec.* 1995, p. 865, § 19).

¹⁴⁰⁰ C.J.C.E., arrêt du 26 novembre 1981, Michel/Parlement, c-195/80, *Rec.* 1981, p. 2861. La Cour a bien précisé dans cette affaire que « la motivation doit, en principe, être communiquée à l'intéressé en même temps que la décision lui faisant grief, et que l'absence de motivation ne saurait être régularisée par le fait que l'intéressé apprend les motifs de la décision au cours de la procédure devant la Cour » (§ 22).

motivation présentée après l'introduction du recours devant la Cour¹⁴⁰¹. Or les circonstances de cette affaire étaient presque identiques à celles de l'arrêt *Michel* : il s'agissait dans les deux cas d'un litige relatif à la fonction publique communautaire.

On doit à la vérité de dire que, dans la seconde affaire, la régularisation de l'absence totale de motivation pouvait sans doute être justifiée par le fait que le requérant avait eu l'occasion de modifier ses moyens de défense par rapport aux faits nouveaux et aux explications fournies au cours de l'instance. Il est donc possible de conclure, mais avec prudence, que la Cour refuse en principe la régularisation de l'absence totale de motivation, sauf dans le cas où les raisons impératives pour lesquelles cette règle a été instituée sont réalisées, à savoir protéger les droits de la défense des parties et favoriser le contrôle juridictionnel de la Cour. Par contre, dans le cas d'un début de motivation, il suffirait qu'une motivation conforme à l'article 253 du traité CE, soit intervenue après l'adoption de la décision.

En ce qui concerne les autres vices de forme substantielle, la position de la Cour n'est pas uniforme. Dans le cadre de la violation des droits de la défense durant une procédure administrative, le juge communautaire penche pour une interprétation bienveillante des principes adoptés à l'égard du défaut de motivation. La Cour ne prononce pas l'annulation d'un acte communautaire pour une violation des droits de la défense si le requérant, en dépit du vice de procédure constaté, a pu s'exprimer devant l'institution communautaire ou se procurer les documents nécessaires pour sa défense. C'est le cas notamment de la transmission des comptes-rendus de l'audition des témoins et des procès-verbaux du conseil disciplinaire à un requérant, après la décision de ce conseil recommandant l'application d'une sanction disciplinaire. Si le requérant a pu avoir connaissance du contenu de ces documents par d'autres moyens et que le retard dans la communication des documents en cause ne l'a privé d'aucune occasion de présenter des observations utiles lors de la procédure disciplinaire, le vice de procédure allégué ne porte pas atteinte au caractère contradictoire de la procédure

¹⁴⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 27 mars 1985, *Kypreos/Conseil*, c-12/84, *Rec.* 1985, p. 1005.

devant le conseil et, par conséquent, il ne constitue pas une violation d'une forme substantielle¹⁴⁰².

Toutefois, dans ce cadre la Cour n'accepte aucune régularisation au cours de la procédure judiciaire, contrairement à son attitude face au défaut de motivation. Selon la Cour, cette régularisation ne replacerait pas le requérant dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait pu s'appuyer sur les mêmes documents pour présenter ses observations écrites et orales devant la Commission. Elle n'apporte ainsi qu'un remède insuffisant à la violation des droits de la défense intervenue avant l'adoption de la décision¹⁴⁰³.

En revanche, on s'aperçoit que la Cour peut se montrer plus stricte à l'égard de certains d'entre eux et refuser la théorie de régularisation à leur égard. Tel est l'exemple du défaut d'authentification. Dans ce cas, il est exclu qu'après le dépôt de l'acte introductif d'instance, une institution puisse faire disparaître, par une simple mesure de régularisation rétroactive, le vice substantiel dont la décision attaquée est entachée. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une décision qui inflige à l'entreprise concernée une sanction pécuniaire¹⁴⁰⁴. Selon la Cour, l'authentification d'un acte doit forcément précéder sa notification, à défaut de quoi il existerait toujours un risque que le texte notifié ne soit pas identique au texte adopté par la Commission¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰² C.J.C.E., arrêt du 29 janvier 1985, F./Commission, c-228/83, *Rec.* 1985, p. 275.

¹⁴⁰³ C.J.C.E., arrêt du 8 juillet 1999, Hercules Chemicals/Commission, c-51/92, *Rec.* 1999, p. 4235. voir notamment §80. Voir pour un commentaire de cet arrêt D. Ritleng, « moyens d'annulation », *Europe*, octobre 1999, Fasc. 328.

¹⁴⁰⁴ T.P.I., arrêt du 29 juin 1995, Solvay/Commission, t-30/91, *Rec.* 1995, p. II-1821.

¹⁴⁰⁵ C.J.C.E., arrêt du 1^{er} octobre 1998, Commission/Italie, t-31/91, *Rec.* 1998, p. 5935.

*

* *

La Cour de justice nous paraît se conformer de la sorte à sa jurisprudence générale en matière de régularisation des vices de procédure dans le contentieux communautaire. Elle ne procède à la régularisation d'un vice de forme substantielle que s'il a été prouvé que les raisons d'intérêt général justifiant cette formalité ont été satisfaites dans le cas d'espèce et que les garanties procédurales des parties n'ont pas été affectées par son omission. C'est pourquoi une motivation ultérieure peut être autorisée s'il a été permis aux parties de faire valoir leur droit de défense et à la Cour d'exercer son contrôle — les deux raisons de la prescription de cette règle —¹⁴⁰⁶, tandis qu'une régularisation ultérieure de la violation des droits de la défense durant une procédure administrative ne peut être acceptée dans la mesure où cette régularisation n'a pas pour effet de permettre à cette personne de présenter ses observations avant l'adoption de sa décision (ce qui est le but principal de toute règle favorisant les droits de la défense dans une procédure administrative).

A la lumière de ce qui précède, on peut estimer que le défaut de consultation du Parlement européen, à l'instar de la violation des droits de la défense dans une procédure administrative, ne peut être régularisé postérieurement à l'adoption de l'acte, puisque la participation du Parlement au processus législatif ne peut être effective qu'avant l'adoption de l'acte communautaire.

¹⁴⁰⁶ C'est à la lumière de ce principe que dans l'affaire *IPK München*, le Tribunal a refusé d'accepter une explication, avancée par la Commission en cours d'instance, de motifs donnés dans la décision attaquée (arrêt du Tribunal du 6 mars 2001, *IPK-München/Commission*, t-331/94. *Rec.* 2001, p. 779). Voir pour un commentaire de cet arrêt D. Ritleng, « Le Tribunal refuse la régularisation d'un vice de motivation », *Europe*, mai 2001, Fasc. 161.

§ 2. La nullité écartée en l'absence de motifs de régularisation

L'hostilité de la Cour de justice à l'égard de l'annulation des actes communautaires pour cause de vice de forme substantielle se manifeste encore lorsque, en dehors des cas de régularisation, la Cour ne prononce pas l'annulation d'une décision entachée de pareil vice de forme. Cette orientation de la jurisprudence ne connaît pas de limitation à l'égard de certains vices de forme et elle peut prendre plusieurs directions.

Ainsi, lorsqu'un règlement communautaire est entaché d'un vice de forme substantielle qui implique son annulation, la Cour peut ordonner que l'acte attaqué continue à déployer ses effets jusqu'à ce que la violation de la forme substantielle en cause soit régularisée par son auteur. En agissant de cette manière, la Cour se fonde sur l'article 231 du traité CE, selon lequel « si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté. Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs »¹⁴⁰⁷. Ce mécanisme n'est pas lié à une demande des parties ; il peut être appliqué d'office par le juge communautaire¹⁴⁰⁸. Ainsi, dans l'affaire *Taxes sur véhicules*¹⁴⁰⁹, la Cour, après avoir établi un défaut de consultation du Parlement européen, a décidé de maintenir provisoirement les effets de l'acte litigieux pour des raisons tenant aux circonstances de l'espèce : « *la nécessité d'éviter une discontinuité dans le programme d'harmonisation de la fiscalité des transports et d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174, deuxième alinéa, du traité CE (devenu 231) en cas d'annulation d'un règlement et qu'elle indique les effets de la directive litigieuse qui doivent être maintenus. Dans les circonstances particulières de l'espèce, il y a lieu de*

¹⁴⁰⁷ Cette jurisprudence est limitée principalement aux actes à portée générale. Selon certains auteurs, elle peut exceptionnellement s'appliquer à des cas d'actes individuels si la sécurité juridique est en cause (Joe Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, précité, p. 331).

¹⁴⁰⁸ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, c-264/82, *Rec.* 1985, p. 849.

¹⁴⁰⁹ C.J.C.E., arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement/Conseil*, c-21/94, *Rec.* 1995, p. 1827.

maintenir provisoirement l'ensemble des effets de la directive annulée jusqu'à ce que le Conseil ait adopté une nouvelle directive ».

Dans d'autres cas, le maintien des effets de l'acte annulé peut être guidé par des raisons d'économie de procédure : *« Le recours vise, toutefois, non pas à la suppression de la disposition litigieuse, mais à son remplacement par une mesure de portée plus sévère comportant à la fois un taux de droit antidumping plus élevé pour les montres mécaniques et l'institution d'un tel droit sur les mouvements de telles montres. Il convient donc de maintenir le droit antidumping institué par la disposition annulée jusqu'à ce que les institutions compétentes aient pris les mesures que comporte l'exécution du présent arrêt, conformément à l'article 174, alinéa 2, du traité (devenu 231) »*¹⁴¹⁰.

Enfin, la Cour peut vouloir éviter de se prononcer sur l'annulabilité de l'acte pour vices de forme substantielle sans même avancer des raisons explicites. Ce cas est fréquent lorsqu'il lui est demandé, dans un seul recours, de constater l'illégalité d'une décision et d'accorder les dommages et intérêts qui en résultent. Dans ce cas, il lui arrive parfois de négliger de constater expressément la nullité en se contentant de l'octroi des dommages et intérêts comme sanction. Ainsi, dans l'affaire *Fiddelaar*¹⁴¹¹, à l'occasion d'un recours tendant à constater l'illégalité de l'acte litigieux et à évaluer les dommages et intérêts qui en résultaient, la Cour a déclaré que l'acte litigieux était vicié par un défaut de motivation et s'est immédiatement prononcée sur la responsabilité résultant de cette illégalité en négligeant la demande principale du requérant réclamant l'annulation de l'acte litigieux. La Cour semble donc

¹⁴¹⁰ C.J.C.E., arrêt du 20 mars 1985, *Timex/Conseil et Commission*, c-264/82, *Rec.* 1985, p. 849. Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général justifie cette jurisprudence par le respect du principe de la sécurité juridique : *« en pareille hypothèse on ne saurait pour satisfaire d'une annulation pure et simple de l'acte contesté. Sur le plan de la sécurité juridique, une telle solution irait, en effet, à l'encontre tant de l'intérêt de la Communauté que celui de la requérante. Elle créerait une solution de continuité que ne pourrait combler un nouveau règlement, puisque ce dernier ne pourrait avoir une portée rétroactive »* (*Rec.* 1985, p. 860). La Cour à son tour, semble affirmer cette jurisprudence sur la base du défaut d'intérêt à agir, lorsqu'elle affirme qu'un requérant n'a aucun intérêt légitime à l'annulation pour vice de forme d'une décision, dans le cas où l'administration ne dispose d'aucune marge d'appréciation et est tenue d'agir comme elle l'a fait (voir notamment, arrêt de la Cour du 6 juillet 1983, *Geist/Commission*, c-117/81, *Rec.* 1983, p. 2191).

¹⁴¹¹ C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1960, *Fiddelaar/Commission*, c-44/59, *Rec.* 1960, p. 1077. La Cour n'a pas suivi son avocat général qui réclamait une décision explicite sur l'annulation et proposait de ne pas se contenter de constater l'indemnisation du requérant (*Rec.* 1960, p. 1115).

considérer que la réparation du dommage est une sanction adéquate pour le défaut de motivation sans qu'il faille constater la nullité. Celle-ci semble, pour la Cour, une décision devant être réservée à des situations très graves¹⁴¹².

Heureusement, que cette ligne de jurisprudence ne connaît pas beaucoup d'applications en dehors de l'application de l'article 231 du traité CE. En effet, elle s'est uniquement appliquée aux décisions qu'on vient d'étudier. Nous craignons dans le cas contraire, un risque d'incertitude auprès des justiciables, car il n'existera pas de critères fixes pour l'application de cette jurisprudence qui dépendra de l'arbitraire du juge.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

En soulevant les moyens d'ordre public d'office et en permettant aux parties de les soulever à tout moment de la procédure, le juge communautaire, ne fait que suivre la règle générale applicable aux moyens d'ordre public dans les droits nationaux. Nous croyons cependant devoir préciser que le juge communautaire ne pouvait opter pour une solution différente, puisque, à notre avis, sans ce statut privilégié, la notion d'ordre public et ses moyens auraient été dénués de sens. Ce statut est forcément indispensable pour la réalisation des objectifs de la notion d'ordre public. Si les moyens protégeant des règles d'ordre public étaient soumis aux mêmes contraintes procédurales que les autres moyens ordinaires, outre que la distinction

¹⁴¹² C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 1957, *Algera e.a./Assemblée*, c-7/56, *Rec.* 1957, p. 81.

avec ces derniers serait dépourvue de sens, une violation des principes d'ordre public serait acceptée si les parties avaient omis de la soulever, ce qui laisserait la sanction de ces principes à la considération des parties¹⁴¹³. Une telle situation compromettrait sans doute l'idée des principes de base qui doivent être sanctionnés coûte que coûte.

Ainsi, l'étude de la mise en œuvre des moyens d'ordre public au niveau de l'instance nous a permis de constater la spécificité de ces moyens et leur particularité par rapport aux autres moyens, dont la portée se trouve fortement restreinte en raison des différentes contraintes procédurales

Il n'en reste pas moins que ces moyens peuvent soulever certains problèmes au niveau de leur application, qui appelle une révision de la part du législateur communautaire, comme notamment dans le cas du respect du principe de contradictoire dont l'application ne suit pas une ligne constante de la Cour.

Si le juge s'est montré très flexible et a voulu le plus possible assurer le statut de ces moyens en élargissant la possibilité de les invoquer à tout moment de la procédure et par n'importe quelle partie au litige, même la partie intervenante, il s'est par contre montré très réticent à l'égard de leur sanction.

A l'exception des moyens qui, par leur nature, ne peuvent être régularisés, le juge s'est montré très ouvert en matière de régularisation des moyens d'ordre public. Il a élargi d'une manière étonnante la possibilité de sanctionner pour irrecevabilité les vices d'ordre public ou de fond, même au cours de l'instance. Dans certains cas, il cherchait uniquement à savoir si l'objectif de la norme a été réalisé par d'autres moyens, pour éviter d'avoir à appliquer la nullité comme sanction. En dépit de ce que cette situation témoigne d'une flexibilité

¹⁴¹³ Si ce statut n'était pas attribué aux moyens d'ordre public, les parties pouvaient, par accord tacite, ne pas soulever une violation d'un principe d'ordre public devant le juge lorsque leur intérêt commun le justifie.

nécessaire à l'assouplissement de la notion, il reste que le juge ne suit pas des lignes fixes et claires en cette matière. Par ailleurs, il peut parfois éviter la sanction, même en l'absence de motifs de régularisation. Cette situation risque forcément de provoquer une certaine incertitude auprès des justiciables.

CONCLUSION GENERALE

Les moyens d'ordre public ne sont certes pas une innovation du droit de l'Union européenne. Le juge communautaire a importé cette notion des droits internes des Etats membres en lui préservant toutes ses caractéristiques et principalement le fait que ces moyens peuvent être soulevés à tout moment de la procédure soit par le juge, soit par les parties.

L'introduction de cette notion dans l'ordre juridictionnel communautaire, avait comme conséquence de pouvoir distinguer deux groupes de moyens : les moyens d'ordre public et les moyens ordinaires. Toutefois le juge n'a pas offert les critères de distinction entre ces deux groupes. Il n'a pas précisé pourquoi des moyens pourront être considérés comme d'ordre public, tandis que d'autres non. Il s'est contenté de préciser qu'il peut exercer son pouvoir de soulever d'office à l'égard des moyens d'ordre public. Ce vide juridique créé par le juge communautaire lui a permis de dominer totalement l'application des moyens d'ordre public. C'est lui qui attribue le caractère d'ordre public aux différents moyens. On ne peut connaître la liste des moyens d'ordre public avant qu'elle soit prononcée par le juge ce qui risque sans doute de menacer la sécurité juridique des plaideurs qui peuvent leur être opposé un moyen à qui il ne s'y attendait pas, car il n'a pas été déjà déclaré comme revêtant un caractère d'ordre public.

Par ailleurs, l'étude des moyens d'ordre public en droit communautaire nous a permis de constater l'existence d'une grande différence entre cette notion et celle qui est reconnue en droit interne au niveau de la fonction de cette notion (I) aussi bien qu'au niveau de son contenu(II) et de son application (III).

I- La notion des moyens d'ordre public communautaire a été instituée, à notre avis, pour remplir principalement une autre fonction qui lui est reconnue dans le droit des Etats membres. Dans le cadre de ce dernier, les moyens d'ordre public constituent principalement l'outil judiciaire nécessaire pour sauvegarder les principes d'ordre public de la société : si une disposition a été déclarée d'ordre public par le législateur ou même par le juge, il est techniquement indispensable que le moyen fondé sur la violation de cette disposition revête un caractère d'ordre public afin d'en renforcer la protection. Ceci n'est pas le cas en droit

communautaire, comme on l'a vu dans la partie introductive de cette étude. Les moyens d'ordre public n'ont pas été consacrés par la jurisprudence pour sauvegarder tous les principes fondamentaux de la Communauté. Ils ont été employés uniquement pour protéger certains principes essentiels de la légalité externe de l'action administrative. Ils constituent tout au plus le cadre d'une notion de l'ordre public communautaire, en la laissant sans contenu. Sans doute sous-entendent-ils l'existence d'un ordre public communautaire véritable, mais ils ne peuvent qu'en refléter une forme hésitante.

Les moyens d'ordre public n'ont pas été institués, selon nous, pour sauvegarder telle ou telle politique communautaire, mais plutôt pour aider la Cour de justice à s'acquitter de sa mission. Nous avons pu constater en effet que la plupart des moyens d'ordre public sont relatifs à la recevabilité de l'instance devant la juridiction communautaire. Cette dernière paraît bien avoir recours à la notion pour faciliter son contrôle de l'instance judiciaire en lui permettant de soulever d'office les différentes irrégularités qui peuvent y exister dans le cas du silence intentionnel ou non intentionnel des parties.

La position du juge communautaire à l'égard des moyens d'ordre public peut apparaître mystérieuse. Il est difficile de savoir si la Cour ne fait que suivre l'exemple procédural du droit français qui n'établit pas de parallélisme entre le moyen et le principe d'ordre public dans le cadre de la justice administrative, en limitant la notion des moyens d'ordre public au domaine de la légalité externe (sous réserve de quelques exceptions)¹⁴¹⁴, ou si son extrême prudence à l'égard de l'utilisation des moyens d'ordre public en dehors du cadre de la recevabilité du recours traduit la crainte de consacrer expressément une notion substantielle de l'ordre public, en raison de la nature politique d'une question qui touche directement à la relation d'équilibre entre la Communauté et ses Etats membres et à l'état d'avancement de l'intégration européenne.

¹⁴¹⁴ Voir Christian Debouy, *précité*, p. 5.

La notion de moyens d'ordre public a été utilisée dès les premiers arrêts de la Cour. Au fil des années, l'intégration communautaire a fait de grands progrès, mais la position de la Cour n'a pas changé en ce qui concerne les domaines d'application de ces moyens. Ceci nous donne à penser que la seconde explication proposée n'est sans doute pas la bonne. Il est probable que le juge communautaire a simplement voulu s'inscrire dans le droit fil de la jurisprudence administrative française. Une fois la jurisprudence fermement établie, il est difficile de s'en détacher, malgré la diversification des traditions judiciaires nationales désormais représentées au sein de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

II- La réticence du juge communautaire à l'égard des moyens d'ordre public ne s'est pas uniquement manifestée en réduisant le domaine général de ces moyens, mais également en réduisant le nombre des moyens que peuvent couvrir les matières d'ordre public. En matière de recevabilité, certains moyens ont été rendus par le juge inapplicables, en dépit du fait qu'il leur avait attribué le caractère d'ordre public. C'est le cas notamment du moyen relatif à l'inexistence de l'acte communautaire. Le juge communautaire s'est montré très réservé à l'égard de l'application de ce moyen, ce qui, à notre avis, a laissé une possibilité d'élargir le domaine des moyens d'ordre public, puisque c'est un moyen qui repose sur l'existence de plusieurs vices affectant l'acte communautaire.

En matière des conditions relatives à l'instance, on remarque que les moyens d'ordre public qui en découlent sont peu nombreux et que la jurisprudence de la Cour dans ce cadre est très incertaine. Si la Cour a choisi la violation de certaines règles régissant l'instance pour leur attribuer le caractère d'ordre public, il ne fait aucun doute que d'autres conditions ne sont pas dénuées d'importance et doivent être considérées comme d'ordre public.

En revanche, le moyen relatif à l'incompétence juridictionnelle est, à notre avis, parmi les rares qui ont échappé à cette position de la Cour. Le juge a même amplifié le nombre des moyens que couvre cette matière en introduisant toutes les formes relatives à la recevabilité du renvoi préjudiciel.

La Cour a gardé une position identique à l'égard des délais de recours, mais en négligeant d'autres délais qui peuvent s'avérer importants (délais de prescription, de procédure), tout en gardant plusieurs possibilités pour couvrir ce vice via la théorie de la force majeure et de l'erreur excusable.

Enfin, l'exception de recours parallèle, qui a été importée du droit français, bien qu'elle ne trouvait d'application que dans le cadre de la recevabilité du recours en indemnité, est aujourd'hui presque abandonnée, après avoir vu ses conditions d'application être limitées.

En ce qui concerne les moyens relatifs au fond, limités à l'incompétence et à la violation des formes substantielles, ils témoignent clairement de la réticence du juge de reconnaître cette notion en dehors du cadre de la recevabilité des recours. Le moyen relatif à l'incompétence de l'auteur de l'acte ne couvre en droit communautaire que deux formes principales : l'incompétence matérielle et l'incompétence territoriale. Les formes substantielles, quant à elles, reflètent une attitude relativement nuancée de la part de la Cour. On trouve qu'elle a principalement limité cette notion à quatre formes différentes (motivation, authentification, protection des droits de la défense, consultation), mais elle a beaucoup élargi le domaine de certaines de ces formes. Le moyen d'ordre public relatif au défaut de consultation ne couvre pas uniquement celui de défaut de consultation du Parlement, mais également de tout organe dont la consultation a été rendue obligatoire par le droit communautaire. Également, la forme relative à la protection des droits de la défense a été largement étendue, pour comprendre des cas où il n'existe pas de prescription légale imposant la protection de ces droits. Toutefois, nous restons réservés à cet égard, car, même avec cet élargissement, le nombre des moyens relatifs au défaut de formes substantielles ne regroupe pas la violation de toutes les formes importantes pour l'action administrative communautaire ; il s'agit uniquement des formes qui protègent des principes constitutionnels.

III- Si les moyens d'ordre public communautaire revêtent les mêmes caractéristiques qu'en droit national, c'est-à-dire qu'ils peuvent être soulevés d'office par le juge et à n'importe

quel moment par les parties, l'action du juge dans ce cadre est plutôt hésitante. Si le juge national n'éprouve, en principe, aucune réserve pour soulever d'office un moyen d'ordre public, la position du juge communautaire est un peu controversée. Sur la totalité des affaires qu'on a examiné, l'intervention du juge pour s'opposer d'office à un moyen d'ordre public est pratiquement inapplicable au vrai sens du terme. Cette constatation vaut spécialement pour tous les moyens de fond et pour une grande partie des moyens d'irrecevabilité. A l'exception des moyens relatifs à l'incompétence et aux délais de recours, ce n'est qu'à de très rares occasions que le juge s'oppose d'office, de sa propre volonté, à un moyen d'ordre public ; il faut chaque fois que le moyen ait été invoqué par l'une des parties. Le juge n'emploie son pouvoir de soulever d'office que lorsque le moyen est invoqué tardivement, pour rectifier officiellement l'erreur des parties.

Cette tendance du juge communautaire se manifeste également lors de l'appréciation du bien fondé de ces moyens. Le juge ouvre la porte à plusieurs possibilités de couvrir les vices d'ordre public. Il ne s'est pas uniquement contenté d'accepter toute régularisation possible, il a cherché à connaître, chaque fois qu'une règle d'ordre public a été violée, si ses objectifs n'ont pas été mis en échec par la violation prétendue.

Ainsi, le juge communautaire, en dépit qu'il reconnaît la notion des moyens d'ordre public dans son propre contentieux, mais sa grande réserve à cet égard risque de la transformer en une image hésitante de la notion généralement connue. Il doit à notre avis réviser sa position en cette matière, en conférant à ces moyens le plus de poids possible vue l'importance des principes qu'ils protègent. Le nombre réduit des moyens d'ordre public nous semble constituer une lacune pour le développement de cette notion, notamment qu'ils existe plusieurs règles qui servent de pierre angulaire pour l'ordre juridique communautaire et qui méritent d'être protégées par des moyens d'ordre public .

Il est en revanche improbable que le développement de l'intégration communautaire puisse inciter le juge à modifier sa position sans l'introduction, dans les traités fondateurs, de nouvelles règles déclarant d'ordre public certaines dispositions, ce qui semble être un espoir très difficile à réaliser dans l'état actuel des choses. Pour résoudre ce problème d'une autre

façon, il est nécessaire que les traités donnent au juge communautaire la possibilité d'élargir le domaine des moyens d'ordre public. Ceci ne pourrait être réalisé qu'en attribuant à la Cour des compétences directes dans le contrôle des relations privées régies par le droit communautaire, ou en élargissant le domaine d'application de la clause compromissoire prévue par l'article 238 du traité au-delà des contrats conclus par la Communauté. De cette manière, le juge communautaire ne pourra plus invoquer le caractère administratif du contentieux communautaire pour empêcher la notion d'ordre public de se développer et de s'étendre à l'essentiel des principes de base de la Communauté, permettant ainsi aux moyens d'ordre public de refléter adéquatement l'existence d'une notion de l'ordre public propre au droit communautaire.

Bibliographie

I- Ouvrages (Traités, manuels)

A- Ouvrages généraux

Abdel-Khalek Omar M., *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J., 1967.

Aubert Ch., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, thèse, Alger, Imprimerie Pfeiffer et Assant, 1937.

Aubert J., *La police en France*, Paris, Berger-Levrault, 1981.

Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1897.

Auby J-M., *L'inexistence des actes administratifs : étude de contentieux administratif*, Paris, Pedone, 1951.

- et Drago R., *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.

Alland D., *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000.

Atiya P.S., *The law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1971.

Bailleul D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Université de Rouen, 2002.

Bekaert H., *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1963.

Bénabent A., Beignier B. et Labarde M-C., *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996.

Bénabent A., *Droit civil : les obligations*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1989.

Ben Abderrahmanne D., *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 1989.

Benoît F-P., *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.

Bernard P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.

Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Bois P-A., *Les institutions allemandes*, Paris, P.U.F., 1971.

Boré J., *La cassation en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 1985.

Brownlie I., *The law relating to public order*, London, Butterworths, 1968.

Cadiet L., *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 1992.

Calogeropoulos A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, L.G.D.J., 1983.

- Capitant H.**, *Introduction à l'étude de droit civil*, Paris, Pédone, 1929.
- *De la cause des obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927.
- Carbonnier J.**, *Droit civil*, P.U.F., Paris, 1969.
- Cerexhe E.**, *Principes généraux et fondamentaux du droit*, Bruxelles, Larcier, 1977.
- Chapus R.**, *Contentieux administratif*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 1990.
- *Droit administratif général*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 1999.
- Cheshire and Fifoot.**, *Law of contracts*, ninth edition, London, Butterworth, 1976.
- Cohn E. J.**, *Manual of german law*, 2e éd., London, British institute of international and comparative law, 1971.
- Collin A. et Capitant H.**, *Cours élémentaires de droit civil français*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1934.
- Corniot S.**, *Dictionnaire de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966.
- Cornu G. et Foyer J.**, *Procédure Civile*, Paris, P.U.F., 1996.
- Daillier P. et Pellet A.**, *Droit international Public*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- Coulombel P.**, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1969.
- Debbasch Ch. et Ricci J-C.**, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996.
- Debouy C.**, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, P.U.F., 1980.
- Defroidement J.**, *La science du droit positif*, Paris, Desclée De Brouwer, 1933.
- De Forgues J-M.**, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1991.
- Dekkers R.**, *Précis de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1971.
- De Laubadère A.**, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- De La Rochère J-D.**, *Le Royaume-uni*, Paris, L.G.D.J., 1979.
- Demogue R.**, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1931.
- De Page H.**, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1967.
- Dupuis G. et Guédon M-J.**, *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, Colin, 1993.
- Everling U.**, *L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne*, Europarecht, 1994.
- Falys J.**, *Introduction aux sources et principes de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- Farjat G.**, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963.
- Fromont M. et Rieg A.**, *Introduction au droit allemand*, Paris, Cujas, 1977.
- Gabolde C.**, *Traité pratique de la procédure des tribunaux administratifs*, Paris, Dalloz, 1974.
- Garner J. F.**, *Administrative law*, Fifth edition, London, Butterworths, 1979.
- Garsonnet E.**, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, Larose, 1901.
- Ghestin J.**, *Traité du droit civil, les obligations*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988.

- Gout O.**, *Le juge et l'annulation du contrat*, Aix-en-provence, Presses Universitaires d'Aix-marseille, 1999.
- Gridel J-P.**, *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- Guillien R.** et **Vincent J.**, *Lexique des termes juridiques*, 14^e éd, Paris, Dalloz, 2003.
- Guinchard S.**, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2001.
- Hauriou M.**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, Réédition par Pierre Delvolvé et Franck Moderne, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- Héron J.**, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2002.
- Hennebicq L.**, *Les nouvelles : corpus juris belgici*, Bruxelles, Larcier, 1938.
- Hostiou R.**, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1974.
- Isaac G.**, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, L.G.D.J., 1968.
- James P.S.**, *Introduction to the english law*, 8^e éd., London, Butterworths, 1972.
- Jowitt E.**, *The Dictionnary of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1954.
- Julien P.**, *Droit judiciaire privé*, Paris, L.G.D.J., 2001.
- Laborde-Lacoste M.**, *Précis élémentaire du droit civil*, Paris, Sirey, 1948.
- Laferrière E.**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, L.G.D.J., réimprimé, 1989.
- Larroumet C.**, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, 4^e éd, Paris, Economica, 1998.
- Leroy M.**, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Lienhard W.**, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, Paris, Sirey, 1935.
- Linotte D.**, *La police administratif existe-t-elle ?*, Paris, Economica, 1985.
- Lloyd D.**, *Public policy: a comparative study in English and French law*, London, Athlone press, 1953.
- Long M.**, **Weil P.** et **Braibant G.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 1996 .
- Lutzesco G.**, *Théorie et Pratique des nullités*, Paris, Sirey, 1938.
- Malaurie P.**, *L'ordre public et le contrat. Études de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, Reims, 1953.
- *Cours de droit civil*, Paris, Cujas, 1994.
- Markesinis B. S.**, *A comparative introduction to the German law of torts*, Oxford, Clarendon press, 1997.
- Marty G.**, *Introduction générale à l'étude de droit*, Paris, Sirey, 1962.
- Maurer H.**, *Droit administratif allemand*, Paris, L.G.D.J., 1995.
- Mazeaud J.** et **Mazeaud L.**, *Leçons de droit civil*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1966.
- Moreau J.**, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1989.
- Mortier R.**, *Dictionnaire Encyclopédique*, Paris, Quillet, 1934.

- Odent R.**, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours de droit, 1970.
- Pédamon M.**, *Le contrat en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- Oprea G.**, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Paris, Rousseau, 1935.
- Pascanu P.**, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations civiles*, Paris, Librairie Juridique Ancienne Moderne, 1937.
- Pescatore P.**, *Introduction à la science de droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960.
- Planiol M.**, *Traité élémentaire du droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1947.
- Picard E.**, *La notion de police administrative*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- Polin R.**, *L'ordre public*, P.U.F., 1995.
- Pothier**, *Traité de procédure civile*, Paris, Letellier, 1778.
- Racine J-B.**, *L'arbitrage international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Richman J.** et **Draycott A.T.**, *Stone's justices manual*, London, Butterworths, 1978.
- Ripert G.**, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949.
 - *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J., 1948.
 - et **Boulanger J.**, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, Paris, L.G.D.J., 1957.
- Rigaux F.**, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Editions Vie ouvrière, 1974.
- Rieg A.**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.
- Romain J-F.**, **Grégoire M.** et **Simonart V.**, *L'ordre public: concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Rouard P.**, *Traité élémentaire de Droit judiciaire privé, la procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- Savatier R.**, *La théorie des obligations*, Paris, Dalloz, 1967.
- Sibert M.**, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1991.
- Terré F.**, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1998.
- *Droit civil, les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- Trotabas L.**, *Manuel droit public*, 21^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988.
- Vedel G.** et **Delvolvé P.**, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1982.
- Vincent J.** et **Serge Guinchard**, *Procédure civile*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 1994.
- Waline M.**, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 1963.
- Weil A.** et **Terré F.**, *Droit civil*, Paris, Dalloz, 1975.
- Wilson G.**, *Cases and materials on constitutional and administrative law*, Cambridge, University press, 1966.
- Witz C.**, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992.

B- Ouvrages du droit européen

Barav A., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, P.U.F., 1993.

Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5^eéd., Paris, Sirey, 1996.

Bergeres M-C., *Contentieux communautaire*, Paris, P.U.F., 1989.

Berrod F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003.

Blanchard D., *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Apogée, 2001.

Blumann C., *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995.

Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

Boulouis J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1995.

- et Chevalier R.M., *Grand arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991.

- et Darmon M., *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 1997.

Carlier J-Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Université catholique de Louvain, 2000.

Cartou L., *Communautés européennes*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1991.

Cassia P., *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002.

Clergerie J-L., *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, 2000.

Cohen-Jonathan G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996.

- *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Constantinesco V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974.

Constantinidés-Mégret C., *Le droit de la Communauté économique Européenne et l'ordre juridique des Etats membres*, Paris, L.G.D.J., 1967.

De Ruyt J., *L'Acte unique européen*, Université de Bruxelles, 1989.

Desolre G., *Ordre public, droits politiques et syndicaux dans la CEE : de la mobilité de la main-d'oeuvre à la libre circulation des travailleurs ?*, Bruxelles, ULB, Institut d'études européennes, 1979.

Dollat P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Druesne G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 6^e éd., Paris, P.U.F., 2001.

- Dubos O.**, *Les juridictions nationales et le juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, P.U.F., 2001.
- Favret J-M.**, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pédone, 2000.
- *Droit et pratique de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Gualino, 2003.
- Isaac G et Blanquet M.**, *Droit communautaire général*, 8^e éd., Paris, A. Collin, 2001.
- Jacqué J-P.**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.
- Joliet R.**, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, Faculté de droit d'économie et de sciences sociales de Liège, 1981.
- Lambert E.**, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- Louis J-V.**, *L'ordre juridique communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1983.
- Mail-Fouilleul S.**, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- Manin P.**, *Les Communautés européennes. L'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Pédone, 1998.
- Martin D.**, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- Mégret J.**, et Waelbroeck M., *Le droit de la Communauté européenne*, Université de Bruxelles, 1983.
- Papadopoulou R-E.**, *Principes généraux du droit communautaire, origines et concrétisations*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- Pertek J.**, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire : coopération entre C.J.C.E. et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001.
- Pescatore P.**, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Sijthoff, Leiden, 1972.
- Pettiti L-E.**, *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.
- Picheral C.**, *L'ordre public européen*, Paris, La Documentation française, 2001.
- Pliakos A.**, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- Raepenbusch S.**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- Redor M-R.**, *L'ordre public : ordre public ou ordres publics; ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2001.
- Renucci J-F.**, *Droit Européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Rideau J.**, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1996.
- Schwarze J.**, *Droit administratif Européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

Simon D., *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 1997.

Sudre F., et Labayle H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

Sudre F., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Tavernier P., *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

Van Reepinghen Ch. et Orianne P., *La procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1961.

Vandersanden G. et Barav A., *Contentieux Communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977.

Verhoeven J., *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2001.

Waelbroeck D. et Louis J-V., *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Université libre de Bruxelles, 1998.

II- Articles et notes

Abraham R., « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *R.E.D.P.*, 1997, p. 577-593.

Alexander W., « La recevabilité des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme institutionnelle de 1996 », *C.D.E.*, 1995, p. 561-576.

Amphoux J., « L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 décembre 1960 dans l'affaire Humblet », *R.G.D.I.P.*, 1961, p. 546-574.

Andriantsimbazovina J., « Splendeurs et misères de l'ordre public européen », *C.D.E.*, 2000, p. 657-718.

Antunes L. M., « La motivation des décisions en droit communautaire de la concurrence », in *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 273-279.

Barav A., « La libre circulation des travailleurs », *R.T.D.E.*, 1977, p. 722-735.

- Bebr G.**, « L'examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *C.D.E.*, 1975, p. 379-424.
- Belbeuf**, « notes sous C.E., 4 février 1869, Mazet et Boulangers de Monluçon », *Recueil Sirey*, 1870, III. p.92.
- Bergeres M-C.**, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *R.T.D.E.*, 1989, p. 393-437 et 647-680.
- Berlia G.**, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *R.D.P.*, 1940-1941, p. 370- 401.
- Bonichot J-C.**, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen », *A.J.D.A.*, 1999, p. 86.
- Bonnecase M. J.**, « La notion juridique de bonnes mœurs », *Mélanges Capitant*, Paris, Dalloz, 1932, p. 91-112.
- Bonnechère**, « Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen », *Europe*, Juillet, 2000, p. 4-8.
- Boulouis J.**, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », *Mélanges Teitgen*, Paris, Pédone, 1984, p. 23-31.
- Bradley K.**, « La transparence de l'Union européenne : une évidence ou un trompe l'oeil », *C.D.E.*, 1999, p. 285-362.
- « A propos de la fonction normative de la Cour de justice : Remarque sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mélanges Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 149-163.
- Brechon-Moulens C.**, « Remarque sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », *J.C.P.*, 1973, 2588.
- Buiges J-L.**, « *La nature juridique du droit communautaire* », *C.D.E.*, 1968, p. 501-531.
- Caen G. L.**, « La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *R.T.D.E.*, 1966, p. 690.
- Cahier P.**, « Les articles 169 et 171 du traité instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *C.D.E.*, 1974, p. 3-35.
- Canedo M.**, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *R.T.D.E.*, 2000, p. 452-510.
- Canivet G. et Huglo J-G.**, « L'obligation pour le juge judiciaire d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, Avril, 1996, p. 1-4.
- Capelli F. et Migliazza M.**, « Recours en Indemnité et protection des intérêts individuels : quels sont les changements possibles et souhaitables », *C.D.E.*, 1995, p. 585-640.
- Cartou L.**, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire », *Mélanges Waline*, 1974, Paris, L.G.D.J., p. 163-171.
- Chambrault J-F.**, « L'ouverture du recours en annulation au Parlement européen, aboutissement et cohérence d'une décennie de jurisprudence », *R.M.C.*, 1991, p. 40-46.

Chauvaux D., « Note sous C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-org », *A.J.D.A.*, 1995, p. 878-882.

Cocchi M., « Le traitement des aides et des régimes d'aides par la Commission européenne et dans le cadre de la jurisprudence communautaire », in *Un rôle pour la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 247-255.

Cohen-Jonathan G., « A propos de l'arrêt Mathew C/Royaume Unie », *R.T.D.E.*, 1999, p. 637-657.

Coulon E. et Cras S., « Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'Etats : les récentes évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du traité CE », *C.D.E.*, 1999, p. 61-148.

Cousinet J-F., « Le Renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D.E.*, 1976, p. 648-690.

Coutron L., « Le principe de collégialité au sein de la Commission européenne après le traité de Nice », *R.T.D.E.*, 2003, p. 247-266.

Cyril N., « Compétence en matière internationale », *J.C.P.*, 2001, II. 10607, p. 1894-1901.

De Bersaques A., « La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant », *R.C.J.B.*, 1958, p.183- 198.

De Forgues P. L., « Ordre public et réglementation des prix », *Revue trimestrielle du droit commercial*, 1976, p. 416-447.

De Harveng P., « Contribution à l'étude de la notion d'ordre public », *R.C.J.B.*, 1954, p. 259-266.

De La Marnierre S., « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *R.T.D.Civ.*, 1933, p. 1037-1113.

De La Morandière J., « L'ordre public en droit privé », *Mélanges Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1932, p. 381-401.

De Schutter O., « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in *Le Traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions*, études coordonnées par Yves Lejeune, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 153-187.

De Vabres J. D., « Note sous C.E., 28 mars 1952, Piteau Martin », *R.D.P.*, 1952, p. 498.

Demart P., « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes : Etude d'histoire comparée*, Robert Jacob [Dir], Paris, L.G.D.J., 1996, p. 303-377.

Dorsener-Dolivet A. et Bonneau T., « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *Recueil Dalloz*, 1986, p. 59-66.

Druesne G., « La primauté du droit communautaire sur le droit interne », *R.M.C.*, 1975, p. 378-390.

- « La réserve d'ordre public de l'article 48 du traité de Rome », *R.T.D.E.*, 1976, p. 229-240.

Du Ban B., « Les Principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté », *C.D.E.*, 1977, p. 397-434.

- Dubarry J-C.** et **Loquin E.**, « Chronique de législation et de jurisprudence française- droit communautaire », *R.T.D.E.*, 2000, p. 340-344.
- Due O.**, « Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire », *C.D.E.*, 1987, p. 383-396.
- Favreau B.**, « Le renforcement de l'effectivité de la protection des droits du particulier en droit communautaire : la dimension de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *la protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 335-354.
- Ferrier D.**, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Recueil. Dalloz*, 1980, p. 177-188.
- Fines F.**, « Note sur l'arrêt Vreugdenhil », *J.C.P.*, 1993. II. 22093.
- Fromont M.**, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1966, p. 47- 65.
- Fuss E-W.**, « La responsabilité des organes de la CEE », *R.T.D.E.*, 1981, p. 3-32.
- Gaudemet-Tallon H.**, « Chronique de jurisprudence, Communautés européennes- note sous l'affaire Renault », *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 504-513.
- Gaudu F.**, « L'ordre public en droit de travail », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 363-377.
- Genevois, B.**, « La police des films : l'affaire du « pull-over rouge », *R.F.D.A.*, 1986, II, p. 439-443.
- Ghestin J.**, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Perelman Ch. et Vander Elst R., Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77-97.
- Gilsdorf P.**, « La force majeure dans le droit de la CEE à la lumière de jurisprudence de la Cour de justice », *C.D.E.*, 1982, p.137-143.
- Girerd P.**, « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », *R.T.D.E.*, 1999, p. 239-260.
- Goffin L.**, « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire », *C.D.E.*, 1997, p. 531-552.
- et Mahieu M., « Responsabilité extracontractuelle des Communautés », *C.D.E.*, 1972, p. 60-92.
 - « Responsabilité non contractuelle », *C.D.E.*, 1968, p. 83-94.
 - « La Jurisprudence de la Cour de justice sur les droits de la défense », *C.D.E.*, 1980, p. 127-144.
 - « De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires », *C.D.E.*, 1990, p. 216-226.
- Guillermin G.**, « Principe de l'équilibre institutionnel », *J.D.I.*, 1992, p. 319-349.
- Hammje P.**, « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.*, 1997, p.1-31.
- Hatzopoulos V.**, « De l'arrêt « Foglia-Novello » à l'arrêt T.W.D. *textilwerks* », *R.M.U.E.*, 1994, p.195-219.

Hausser J., V° « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 1974.

Hen C., « La motivation des actes des institutions communautaires », *C.D.E.*, 1977, p. 49-91.

Hetsch P., « Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *R.T.D.E.*, 1982, p. 511-554.

Heurté A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *R.D.P.*, 1953, p. 615-648.

Honorat E. et **Schwartz R.**, « Moyens d'ordre public », *A.J.D.A.*, 1991, p. 111-113.

Hubeau F., « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *C.D.E.*, 1981, p. 205-255.

- « Changement des règles de procédure devant les juridictions communautaires de Luxembourg », *C.D.E.*, 1991, p. 499-530.

Huet A., « Exécution des décisions : note sous affaire Kromback (C.J.C.E.) », *J.D.I.*, 2001, p. 690-701.

Idot L., « Note sous affaire Eco Swiss (C.J.C.E.) », *Revue d'arbitrage*, 1999, p. 639-653.

Jamoulle M., et **Bertrand V.**, « L'incidence du droit communautaire sur le droit belge de travail », *C.D.E.*, 1989, p. 106-162.

Jazottes G., **Luby M.** et **Poillot-Peruzzetto S.**, « Chronique de législation et de jurisprudence-note sous affaire Eco Swiss (C.J.C.E.) », *R.T.D.E.*, 2000, p. 232-235.

Jèze G., « Les formes en droit administratif français », *R.D.P.*, 1922, p. 503-524.

Julien-Laferrrière F., « Notes sous les Affaires C.E., fr, 24 octobre 1990, Alfrédo Ragusi et C.E. fr, 19 novembre 1990, Raso », *A.J.D.A.*, 1991, p. 322-326.

Karydis G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *R.T.D.E.*, 2002, 1-26.

Kaysep M. P., « Les nullités d'ordre public », *R.T.D.Civ.*, 1933, p. 1115-1140.

Knaub G., « La procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes », *R.T.D.E.*, 1967, p. 269-309.

Komninos P.A., « Court of justice-Case law- Eco Swiss », *C.M.L.*, 2000, p. 459-478.

Kovar R. et **Barav A.**, « Variations nouvelles sur un thème ancien : les conditions du recours en annulation dans les Communautés européennes », *C.D.E.*, 1976, p. 73-109.

Kuipers S.A., « Pertinence et acte clair », *C.D.E.*, 1967, p. 86-93.

Kundoch H. G., « Le recours en carence comme moyen juridique de promouvoir l'élection directe du Parlement européen », *C.D.E.*, 1975, p. 425-452.

Labayle H., « Droits fondamentaux et droit européen », *A.J.D.A.*, 1998, p. 75-91.

- « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *R.T.D.E.*, 1997, p. 813-881.

Lagarde P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française », *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263-282.

Lebrertron G., « Le juge administratif face à l'ordre morale », *Mélanges Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 363-377.

Le Clec'h J-F., « Manque de base légale et violation de la loi en matière civile », *J.C.P.*, 1948. 720.

Lenaerts K., « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », *Mélanges Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 423-457.

- « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *C.D.E.*, 2000, p. 323-409.
- « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R.T.D.E.*, 2001, p. 487-527

Lenz C.O., « Rôle et fonctionnement de la procédure de décision préjudicielle en droit communautaire », *J.C.P.*, 1995. 3834.

Le Tallec G., « La police des étrangers dans les Etats membres de la CEE et le traité de Rome », *R.M.C.*, 1964, p. 371-380.

Loquin E., « Note sous l'affaire Eco Swiss (C.J.C.E.) », *Revue trimestrielle du droit commercial*, 2000, p. 341-345.

Louis-Lucas P., « Remarque sur l'ordre public », *R.D.I.P.*, 1933, p. 393-442.

Louis F. P., « La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence : point final ou premier pas dans la bonne direction », *C.D.E.*, 1998, p. 47-77.

Lussier L., « L'ordre public et la police sanitaire au Québec », *Mélanges Jean Mary-Aubey*, Paris, Dalloz, 1992, p. 607-615.

Martin R., « Sur la notion de moyen », *J.C.P.*, 1976. I. 2768.

Matterra A., « L'eupéanité est-elle chrétienne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003/ 2, p. 325-342.

Mayer F. C., « La charte européenne des droits fondamentaux et la constitution européenne », *R.T.D.E.*, 2003, p. 175-196.

McDonagh A., « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 du traité CE », *C.D.E.*, 1994, p. 607-637.

Mehdi R., « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu .. », *R.T.D.E.*, 2003, p. 23-50.

Meeùs A., « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *R.C.J.B.*, 1988, p. 498-527.

Mengozzi M., « Règles communautaires et règles impératives en tant que « limites » et « contre-limites » imposées à l'autonomie contractuelle », *R.M.U.E.*, 1999, p.169-200.

Meulders-Klein M-T., « Réflexion sur l'état des personnes et l'ordre public », *Mélanges Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994.

Monet H., « La Communauté européenne et la convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1994, p. 501-518.

Nagant D., « Une réforme hésitante des institutions », in *Le Traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions*, Etudes coordonnées par Yves Lejeune, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 115-126.

Néri S., « Le recours en annulation dans les Communautés européennes », *R.M.C.*, 1967, p. 452-465.

Nicoll W., « La procédure de concertation entre le Parlement européen et le Conseil », *R.M.C.*, 1986, p. 11-15.

Nihoul P., « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *R.T.D.E.*, 1994, p. 171-194.

Odent R., « Le Destin des fins de non-recevoir », *Mélanges Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 653-664.

Olivier P., « Recevabilité des questions préjudicielles », *C.D.E.*, 2001, p. 14-41.

Pepy A., « Les questions préjudicielles », *C.D.E.*, 1965, p. 194-214.

- « Le rôle des juridictions nationales dans l'applications de l'article 177 et la jurisprudence de la Cour de justice », *C.D.E.*, 1966, p. 21-39.

Pernice I., « Le recours en indemnité », *C.D.E.*, 1995, p. 641-659.

Pescatore P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », *Mélanges W. J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 325-363.

Picard E., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.*, 1996, p. 55.

Picode F., « Le droit au juge en droit communautaire », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Joël Rideau [Dir], Paris, L.G.D.J., 1998, p. 141-170.

Pipkorn J., « La Communauté européenne et la convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1993, p. 221-241.

Pissaloux J-L., « *Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* », *R.D.P.*, 1999, p. 781-794.

Pittie M. et Van Ypersele P., « Chronique contentieux communautaire », *J.T.D.E.*, 2000, p. 202-211.

Pliakos A., « l'Union européenne et le Parlement européen : y a t-il vraiment un déficit démocratique », *R.D.P.*, 1995 p. 749-763.

Poillot-Peruzzetto S., « Ordre public et droit communautaire », *Recueil Sirey*, Paris, 1993, p. 177-182.

-« Note sous l'affaire Eco Swiss (C.J.C.E.) », *Revue trimestrielle du droit commercial*, 2000, p. 233-235.

- « L'ordre public en droit international », *J.D.I.*, 2000, p. 299-307.

Prechal S., « Community law in national courts : The lessons from *Van Schijndel* (C.J.C.E.) », *C.M.L.*, 1998, p.681-706.

Prieto C., « Note sous affaire Eco Swiss (C.J.C.E.) », *J.D.I.*, 2000, p. 504-506.

Puissochet J-P., « La Cour de justice et les principes généraux du droit », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 2-19.

Quinty D. et Joly G., « Parlements européen et nationaux et fonction législative », *R.D.P.*, 1991, p. 393-436.

Rasquin G., et Chevalier R-M., « L'article 173 alinéa 2 du traité CEE », *R.T.D.E.*, 1966, p. 31-46.

Rigaux G., « Du relevé d'office dans le cadre du renvoi préjudiciel », *Europe*, Avril 1999, n°137.

Rippert R., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges Geny*, Paris, Sirey, 1934, p. 347-353.

Ritleng D., « Moyens d'annulation », *Europe*, Octobre 1999, Fasc. 328.

-« Le Tribunal refuse la régularisation d'un vice de motivation », *Europe*, Mai 2001, Fasc. 161.

-« De l'inexistence », *Europe*, octobre, 1999, p. 10, fasc. 327.

Robert J., « Note sous l'arrêt les Témoins de Jéhovah de France, C.E. fr, (Ass), 1^{er} Janvier 1985 », *R.D.P.*, 1985, p. 483- 509.

- « Libertés publiques et défense », *R.D.P.*, 1977, p. 935-959.

Roblin C., « Les avis conformes », in *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, études coordonnées par Georges Dupuis, Paris, Economica, 1979, p. 82.

Schockweiler F., « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *C.D.E.*, 1989, p. 3-39.

Simon D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire : perspectives actuelles », in *Droit international et droit communautaire*, Paris, Pédone, 2000, p. 207-249.

- « Note sous l'affaire T.W.D (C.J.C.E.) », *J.D.I.*, 1995, p. 438-440.

Simon S., « Y a t-il des principes généraux de droit communautaire », *Droit*, n°14, 1991, p. 91.

Slot P. J., « Case law – Court of justice- Sytraval », *C.M.L.*, 1999, p. 1334-1344.

Tallon D., « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais », *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 883-891.

Tercinet J., « Le retour de l'exception de recours parallèle », *R.F.D.A.*, 1993, p. 705-720.

Tomuschat C., « L'ordre public, menace pour la libre circulation ? », *C.D.E.*, 1975, p. 302-310.

Van Houtte A., « La Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1983, p. 3-35.

Vandersanden G., « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », *Mélanges Waelbroek*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619-648.

Vasseur M., « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *R.T.D.Civ.*, 1950, p. 439-472.

Vimberd C., « L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, p. 693-754.

- « *La police municipale : les composantes de la notion d'ordre public* : note sur C.E. fr, (Ass), 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence », *A.J.D.A.*, 1995, p. 878.

- « L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1994, p.177-182.

Vincent J., « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 301- 341.

- V° « Action », *Encyclopédie Dalloz, Procédure civiles*, Paris, 1955.

Viraly M., « Réflexion sur le Jus Cogens », *A.F.D.I.*, 1966, p. 159.

WaelBroeck et Verheyden A-M., « Les conditions de recevabilité », *C.D.E.*, 1995, p. 401-440.

Watt H. M., « Chronique de Jurisprudence - Communautés européennes, note sous affaire Kromback », *R.C.D.I.P.*, 2000, p. 488- 497.

Watté N., « Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1989, p. 66-104.

Weil, P., « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *Recueil Dalloz*, 1985, p. 49.

Wodié F., « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *A.J.D.A.*, 1969, p. 76-89.

Yernault D., « Chronique contentieux communautaire », *J.T.D.E.*, p. 180-182.

Zampini F., « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *R.T.D.E.*, 1999, p. 659-707.

Index de jurisprudence

I- Tribunal de première instance des Communautés européennes

- *AAC*, arrêt du 27 avril 1995, t-442/93, p. 414.
- *BASF*, arrêt du 27 février 1992, t-79/89, p. 373.
- *Blackman*, arrêt du 16 mars 1993, t-33/89 et t-74/89, p. 236.
- *British Steel*, arrêt du 24 octobre 1997, t-243/94, p. 99 et 475.
- *Koelman*, ordonnance du 29 novembre 1993, t-56/92, p. 144.
- *Levend*, arrêt du 13 décembre 1995, t-481/93, p. 277.
- *Picasso*, arrêt du 22 juin 2004, t-185/02, p. 162.
- *Primex*, arrêt du 17 septembre 1998, t-50/96, p. 427.
- *Socurte*, arrêt du 7 mars 1995, t-432/99, p. 338 et 468.
- *Sytraval*, arrêt du 28 septembre 1995, t-95/94, p. 444.
- *Travelex*, arrêt du 10 avril 2003, t-195/00, , p. 276.

II- Cour de justice des Communautés européennes

- *Abruzzo*, arrêt du 26 février 1987, c-15/85, p. 51 et 190.
- *Accrington Beef*, arrêt du 12 décembre 1996, c-241/95, p. 281.
- *Adams*, arrêt du 7 novembre 1985, c-145/83, p. 448.
- *Aéroports de Paris*, arrêt du 24 octobre 2002, c-82/01, p. 295.

- *AETR*, arrêt du 31 mars 1971, c-22/70, p. 355.
- *Agences de voyage*, arrêt du 28 octobre 1982, c-135/81, p. 159.
- *Allemagne/Commission*, arrêt du 3 octobre 1985, c-214/83, p. 317.
- *Allemagne/Commission*, arrêt du 4 juillet 1963, c-24/62, p. 365.
- *Allemagne/Haute autorité*, arrêt du 10 juin 1960, c-19/58, p. 315.
- *Amylum*, arrêt du 30 septembre 1982, c-108/81, p. 312.
- *Angelopharm*, arrêt du 25 janvier 1994, c-212/91, p. 402.
- *Antilles néerlandaises*, arrêt du 22 novembre 2001, c-452/98, p. 173.
- *Artegodan*, ordonnance du 14 février 2002, c-440/01, p. 216.
- *Asmussen*, arrêt du 30 septembre 1975, c-50/74, p. 499.
- *Assurances du crédit*, arrêt du 18 avril 1991, c-63/83, p. 262.
- *Athanasios Pitsiorlas*, arrêt du 15 mai 2003, c-193/01, p. 238.
- *Azienda*, arrêt du 14 juillet 1972, c-57/69, p. 226.
- *Barcella*, arrêt du 7 mai 1986, c-191/84, p. 241.
- *BASF*, arrêt du 15 juin 1994, c-137/92, p. 91.
- *Beus*, arrêt du 13 mars 1968, c-5/67, p. 80.
- *Bond van Adverteerders*, arrêt du 26 avril 1988, c-352/85, p. 32.
- *Bosman*, arrêt du 15 décembre 1995, c-415/93, p. 126.
- *Brentjens' Handelsonderneming*, arrêt du 21 novembre 1999, c-116/97, p. 495.
- *British American Tobacco*, arrêt du 10 décembre 2002, c-491/01, p. 356, 416.
- *Cato*, arrêt du 8 avril 1992, c-55/90, p. 269.
- *Cesare Alfieri*, arrêt du 7 avril 1965, c-35/64, p. 242.
- *Charlotte Von Bonkewitz-Lindner*, ordonnance du 18 mars 1987, p. 487.
- *CNPA*, ordonnance du 5 juillet 2001, c-341/00, p. 465.
- *Commission/BCE*, arrêt du 10 juillet 2003, c-11/00, p. 404.
- *Commission/Espagne*, ordonnance du 11 juillet 1995, c-266/94, p. 432.
- *Commission/France*, ordonnance du 20 septembre 1983, c-171/83, p. 320.

- *Commission/Irlande*, arrêt du 19 mars 2002, c-13/00, p. 141.
- *Commission/Italie*, arrêt du 10 novembre 1981, c-28/81, p. 143.
- *Commission/Italie*, arrêt du 17 février 1970, c-31/69, p. 109, 263, et 431.
- *Compteurs d'énergie électriques*, arrêt du 15 décembre 1982, c-211/81, p. 496.
- *Deboeck*, arrêt du 16 octobre 1975, c-90/74, p. 469.
- *Dietz*, arrêt du 15 décembre 1977, c-126/76, p. 256.
- *Dillinger Hüttenwerke*, arrêt du 6 juin 1988, c-236/86, p. 488.
- *DIR International Film*, arrêt du 27 janvier 2000, c-164/98, p. 358.
- *Distillers Company*, arrêt du 10 juillet 1980, c-30/78, p. 336.
- *Eco Suiss*, arrêt du 1^{er} juin 1999, c-126/97, p. 39.
- *Emrich*, ordonnance du 7 novembre 1990, c-247/90, p. 174, 487.
- *Eurotunnel*, arrêt du 11 novembre 1997, c-408/95, p. 81.
- *Eximo*, arrêt du 30 mars 1984, c-62/83, p. 261.
- *F/Commission*, arrêt du 29 janvier 1985, c-228/83, p. 335.
- *Fabrique de fer de Charleroi*, arrêt du 29 septembre 1987, c-351/85, p. 499.
- *Falciola*, ordonnance du 26 janvier 1990, c-286/88, p.118.
- *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa*, ordonnance du 12 octobre 2000, c-300/00, p. 175.
- *Fédération nationale d'agriculture biologique des régions de France*, ordonnance du 10 mai 2001, c-345/00, p. 344.
- *Fiddelaar* arrêt du 16 décembre 1960, c-44/59, p. 507.
- *Florimex*, arrêt du 30 mars 2000, c-265/97, p. 367.
- *Foglia 1*, arrêt du 11 mars 1980, c-104/79, p. 115.
- *Foglia 2*, arrêt du 16 décembre 1981, c-244/80, p. 116.
- *FrioulVénétie Julienne*, arrêt du 29 avril 2004, c-298/00, p. 151.
- *GAARM*, ordonnance du 10 juillet 1984, c-289/83, p. 293.
- *Georges Cladakis*, arrêt du 4 février 1987, c-276/85, p. 488.
- *Gerhardus*, arrêt du 25 février 1969, c-23/68, p. 111.

- *Gesellschaft für Getreidehandel*, arrêt du 13 décembre 1973, c-24/66 bis, p. 180.
- *Giuliano Gaspari*, arrêt du 19 novembre 1998, c-316/97, p. 352.
- *Godard*, ordonnance du 27 juin 1979, c-105/79, p. 140.
- *Grau, C.J.C.E.*, ordonnance du 7 avril 1995, c-167/94, p. 140.
- *Grau-Hupka*, arrêt du 13 décembre 1994, c-297/93, p. 117.
- *Greis*, arrêt de 5 mars 1986, c-318/85, p. 121.
- *Groupe des droites européennes*, ordonnance du 4 juin 1986, c-78/85, p. 165.
- *Günther Arning*, arrêt du 29 janvier 1985, c-234/83, p. 451.
- *Haegeman*, arrêt du 25 octobre 1972, c-96/71, p. 265.
- *Handelsgesellschaft*, arrêt du 29 mai 1974, c-185/73, p. 376.
- *Hauptgenossenschaft/Balm*, arrêt du 12 juin 1980, c-119/79, p. 225.
- *Hecq*, arrêt du 14 décembre 1988, c-280/87, p. 313.
- *Hoechst*, arrêt du 21 septembre 1989, c-46/87, p. 426.
- *Hoffman-La Roche*, arrêt du 13 décembre 1979, c-85/76, p. 424.
- *Humblet*, arrêt du 16 décembre 1960, c-6/60, p. 97.
- *International Credit*, arrêt du 18 février 1964, c-73/63, p. 83.
- *Italie/Commission*, arrêt du 5 avril 1979, c-11/78, p. 359.
- *Kampffmeyer*, arrêt du 14 juillet 1967, c-5/66, p. 228.
- *Kortner*, arrêt du 21 février 1972, c-15/73, p. 189 et 215.
- *Köster*, arrêt du 17 décembre 1970, c-25/70, p. 399.
- *Krohn*, arrêt du 26 février 1986, c-174/84, p. 257, 274.
- *Krombach*, arrêt du 28 mars 2000, c-7/98, p. 34.
- *Kuhner*, arrêt du 28 mai 1980, c-33/79, p. 450.
- *Kypreos*, arrêt du 27 mars 1985, c-12/84, p. 501.
- *Lefèvre*, arrêt du 2 juillet 1987, c-188/86, p. 111.
- *Lesieur*, arrêt de la Cour du 17 mars 1976, c-67 à 85/75, p. 255.
- *Lille*, arrêt du 15 décembre 1961, c-19/60, p. 293.

- *Loheac*, arrêt du 31 mars 1977, c-54/76, p. 98.
- *Luhleich*, arrêt du 8 juillet 1965, c-68/63, p. 426.
- *Lütticke*, arrêt du 1^{er} mars 1966, c-48/65, p. 434.
- *Marcato*, arrêt du 14 juin 1972, c-44/71, p. 237.
- *Maria Grazia Celant*, arrêt du 6 octobre 1983, c-118/82, p. 243.
- *Marie-Élizabeth Agazzi*, arrêt du 6 juillet 1988, c-181/87, p. 243.
- *Mariette Turner*, arrêt du 21 mars 1985, c-263/83, p. 341.
- *Meganck*, arrêt du 30 mai 1973, c-36/72, p. 315.
- *Merkur*, arrêt de la Cour du 24 octobre 1973, c-43/72, p. 254.
- *Morina*, arrêt du 14 décembre 1965, c-21/65, p. 358.
- *Muysers*, arrêt du 14 juin 1988, c-161/87, p. 240.
- *Nold*, arrêt du 4 février 1959, c-18/57, p. 362.
- *Nordsee*, arrêt de 23 mars 1982, c-102/81, p. 134.
- *Parlement / Conseil*, arrêt du 2 octobre 1997, c-259/95, p. 416.
- *Parlement / Conseil*, arrêt du 28 mai 1998, c-22/96, p. 416.
- *Parlement/Conseil*, arrêt du 27 septembre 1988, c-302/87, p.389.
- *Parlement/Conseil*, arrêt du 4 octobre 1991, c-70/88, p. 389.
- *Parlement/Conseil*, arrêt du 30 mars 1995, c-65/93, p. 386.
- *Pays bas/Commission*, arrêt du 6 juillet 1971, c-59/70, p. 224.
- *Petrotub*, arrêt de la Cour du 9 janvier 2003, c-76/00, p. 464.
- *Pomar*, ordonnance du 10 juin 1987, c-317/85, p. 227.
- *Postbank*, arrêt du 18 septembre 1996, c-353/94, p. 166.
- *Progoulis*, ordonnance du 16 juin 1988, c-372/87, p. 488.
- *PTT Nederland*, ordonnance du 4 juin 1991, p. 150.
- *Reinarz*, arrêt du 11 juillet 1974, c-177/73, p. 167.
- *République française/Haute autorité*, arrêt du 21 décembre 1954, c-1/54, p. 326.
- *République italienne/Haute Autorité*, arrêt du 21 décembre 1954, p. 343.

- *Rewe*, arrêt du 7 juillet 1981, c-158/80, p. 79.
- *Rheinmühlen*, ordonnance du 14 juillet 1971, c-6/71, p. 79.
- *Richez-Parise*, arrêt du 17 février 1972, c-40/71, p. 212.
- *Roquette frères*, arrêt du 30 mai 1989, c-20/88, p. 53, 228 et 475.
- *Royaume des Pays-Bas/Haute Autorité*, arrêt du 21 mars 1955, c-6/54, p. 361.
- *Rutili*, arrêt du 28 octobre 1975, c-36/75, p. 30.
- *Salonia*, arrêt du 16 juin 1981, c-126/80, p. 117.
- *San Michele*, ordonnance du 22 juin 1965, c-9/65, p. 49.
- *Sergio*, arrêt du 8 mars 1988, c-68/86, p. 501.
- *Simet et Feram*, arrêt du 2 mars 1967, c-25/65, p. 234.
- *Société des aciéries du Temple*, arrêt du 13 juillet 1965, c-39/64, p. 339.
- *Société des usines à tubes de la Sarre*, arrêt du 10 décembre 1957, c-1/57, p. 353.
- *Société Fives Lille Cail*, arrêt du 15 décembre 1961, c-19/60, p. 497.
- *Société pour l'exportation des sucres*, arrêt du 31 mars 1977, c-88/76, p. 172.
- *Société Saint Michel*, arrêt du 14 décembre 1962, c-5/62, p. 181.
- *Solvay*, arrêt du 6 avril 2000, c-287/95, p. 370, 371.
- *Stewart*, arrêt du 3 juillet 1991, c-355/89, p. 145.
- *Sytraval*, arrêt du 2 avril 1998, c-367/95, p. 71.
- *T.W.D.*, arrêt du 9 mars 1994, c-188/92, p. 279-289.
- *Taxes sur véhicules*, arrêt du 5 juillet 1995, c-21/94, p. 506.
- *Telemarsicabruzzo e.a./Circostel*, arrêt du 26 janvier 1993, c-320/90, p. 130.
- *Textile français*, arrêt du 11 novembre 1987, c-259/85, p. 439.
- *Thompson*, arrêt du 23 novembre 1978, Thompson, c-7/78, p. 32.
- *Thon Rouge*, arrêt du 25 octobre 2001, c-120/99, p. 350.
- *Timex*, arrêt du 20 mars 1985, c-264/82, p. 448 et 507.
- *Transocean*, arrêt du 23 octobre 1974, c-17/74, p. 423.
- *Tremblay*, arrêt du 24 octobre 1996, c-91/95, p. 295.

- *Tsitouras*, ordonnance du 27 février 1991, c-285/90, p. 108.
- *Van Duyn*, arrêt du 4 décembre 1974, c-41/74, p. 29.
- *Van Landewyck*, arrêt du 29 octobre 1980, c-209/78 à 215/78 et 218/78, p. 337.
- *Vreugdenhil*, arrêt du 13 mars 1992, c-282/90, p. 98.
- *Wagner*, arrêt du 12 décembre 1979, c-12/79, p. 265 et 267.
- *Wöhrmann*, arrêt du 14 décembre 1962, c-31/62, p. 136.
- *Zabala*, arrêt du 15 juin 1995, c-422/93, p. 127.

TABLE DES MATIERES

TITRE PRÉLIMINAIRE — L'ORDRE PUBLIC ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE.....	5
CHAPITRE I ^{er} — LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE.....	11
SECTION 1. LA CONCEPTION NORMATIVE DE L'ORDRE PUBLIC	11
§ 1 ^{er} . — <i>Définition</i>	11
§ 2. <i>Fonction de l'ordre public normatif</i>	16
SECTION 2. LA CONCEPTION MATÉRIELLE DE L'ORDRE PUBLIC	18
§ 1 ^{er} . <i>Définition</i>	18
§ 2. <i>Fonction de l'ordre public matériel</i>	22
CHAPITRE II — LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	27
SECTION 1. L'ORDRE PUBLIC DANS LES TRAITES : UNE NOTION COMMUNAUTAIRE DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL.....	28
§ 1 ^{er} . <i>L'interprétation de l'ordre public national justifiant des restrictions aux libertés de circulation et d'établissement</i>	28
§ 2. <i>L'insertion de règles communautaires dans l'ordre public national</i>	34
SECTION 2. L'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE : UNE AFFIRMATION JURISPRUDENTIELLE DE LA NOTION	43
<i>Sous-section 1. Les éléments favorisant l'avènement d'un ordre public communautaire</i>	44
§ 1 ^{er} . <i>L'ordre juridique communautaire est un ordre juridique autonome</i>	44
§ 2. <i>L'Union européenne est une « Communauté de droit »</i>	46
<i>Sous-section 2. Le juge communautaire et l'ordre public communautaire</i>	48

§ 1 ^{er} . Le rôle du juge communautaire	48
§ 2. Les méthodes du juge communautaire.....	50
SECTION 3. LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE.....	54
<i>Sous-section 1. Un ordre public et non des ordres publics</i>	54
<i>Sous-section 2-L'ordre public communautaire : une notion à contenu très réduite</i>	56
§ 1. La nature du contentieux communautaire.....	56
§ 2. L'inexistence d'une acception matérielle de l'ordre public communautaire.....	60
CHAPITRE III — LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE.....	67
SECTION 1. LA NOTION DE MOYEN D'ORDRE PUBLIC COMMUNAUTAIRE.....	67
§ 1 ^{er} . Règle d'ordre public et moyen d'ordre public	68
§ 2. Un moyen qui peut être soulevé d'office.....	72
SECTION 2. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC ET LES RECOURS DU CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE.....	75
§ 1 ^{er} . Les moyens d'ordre public communautaire relatifs à la recevabilité	<i>Erreur ! Signet manquant</i>
§ 2. Les moyens d'ordre public de fond.....	77
A) Les moyens d'ordre public de fond dans le cadre du renvoi en interprétation	78
B) Les moyens d'ordre public de fond dans le cadre du renvoi en appréciation de validité	78
PREMIÈRE PARTIE — LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC TENANT À LA RECEVABILITÉ.....	89
INTRODUCTION — LA NOTION DE MOYEN D'IRRECEVABILITÉ EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	91
SECTION 1. LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DES MOYENS D'IRRECEVABILITÉ D'ORDRE PUBLIC.....	93
SECTION 2. LES MOYENS D'IRRECEVABILITÉ ET L'ORDRE PUBLIC	96

CHAPITRE I^{er} — LE MOYEN RELATIF À L'INCOMPÉTENCE DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES..... 103

SECTION 1. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF À L'INCOMPÉTENCE D'UN ORDRE DE JURIDICTION AU REGARD DES JURIDICTIONS NATIONALES..... 105

§ 1^{er}. *Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'incompétence du juge communautaire liée à la répartition des compétences matérielles entre les deux ordres de juridiction*..... 106

A) Le principe 106

B) L'assouplissement du principe dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation 110

§ 2. *Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'incompétence du juge communautaire liée à la répartition de compétences juridictionnelles dans le cadre de la procédure préjudicielle*..... 113

A) La pertinence de la question préjudicielle 114

1. *Evolution de la jurisprudence* 114

2. *Le caractère d'ordre public du moyen relatif au caractère non pertinent de la question préjudicielle*..... 117

B) L'insuffisance du cadre factuel des questions préjudicielles 122

C) L'inexistence d'un litige pendant devant la juridiction nationale..... 126

D) La nature juridictionnelle de l'institution interrogeant à titre préjudiciel..... 132

SECTION 2. LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF À L'INCOMPÉTENCE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL COMMUNAUTAIRE 138

§ 1^{er}. *L'incompétence ratione materiae du juge communautaire*..... 138

A) La compétence ratione materiae du juge communautaire proprement dite..... 139

B) Le pouvoir juridictionnel du juge communautaire à la base de son incompétence matérielle..... 143

§ 2. *L'incompétence territoriale du juge communautaire* 145

§ 3. *L'incompétence liée au double degré de juridiction* 147

CHAPITRE II — LES MOYENS RELATIFS À LA PERSONNE DU REQUÉRANT..... 155

SECTION 1. LE DÉFAUT DE CAPACITÉ 159

SECTION 2. L'ABSENCE D'UN ACTE FAISANT GRIEF	163
SECTION 3. LE DÉFAUT DE QUALITÉ POUR AGIR	168
§ 1 ^{er} . Une notion distincte de l'intérêt à agir en droit communautaire.....	168
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de la qualité pour agir	173
SECTION 4. L'ABSENCE D'INTÉRÊT.....	177
§ 1 ^{er} . Une condition de recevabilité essentielle	177
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'absence d'intérêt.....	179
CHAPITRE III — LE MOYEN RELATIF À L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE.....	185
SECTION 1. L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE	188
§ 1 ^{er} . Dans le recours en annulation.....	188
§ 2. Dans les autres types de recours	193
SECTION 2. LE CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DU MOYEN RELATIF À L'INEXISTENCE DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE.....	195
§ 1 ^{er} . Principe	195
§ 2. La fonction particulière du moyen d'ordre public relatif à l'inexistence de l'acte communautaire	197
A) Les effets de l'inexistence.....	197
B) Inexistence et irrecevabilité.....	198
CHAPITRE IV — LE MOYEN RELATIF À L'EXPIRATION DES DÉLAIS D'ACTION EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	201
SECTION 1. LES DIFFÉRENTS DÉLAIS D'ACTION ET LEUR CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC.....	203
Sous-section 1. Les délais de recours	203
§ 1 ^{er} . La notion en droit communautaire	203
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à l'expiration des délais de recours	206
A) Le moyen d'ordre public relatif à l'expiration des délais de recours.....	206
B) Le fondement du caractère d'ordre public des délais de recours	210

<i>Sous-section 2. Les délais de pourvoi ou de révision</i>	<i>216</i>
§ 1 ^{er} . Le délai de pourvoi contre les décisions du T.P.I.	216
§ 2. Le délai des demandes en révision.....	217
<i>Sous-section 3. Les délais de réclamation.....</i>	<i>219</i>
§ 1 ^{er} . La notion de réclamation en droit communautaire	219
<i>A) La réclamation des fonctionnaires européens.....</i>	<i>219</i>
<i>B) Le recours préalable au recours en carence.....</i>	<i>221</i>
§ 2. Le caractère d'ordre public des délais de réclamation.....	221
<i>Sous-section 4. ... (mais pas) les délais de prescription.....</i>	<i>224</i>
§ 1 ^{er} . La notion de délai de prescription en droit communautaire.....	224
§ 2. Le moyen tiré de la prescription n'est pas d'ordre public communautaire.....	228
SECTION 2. LES ATTÉNUATIONS AU CARACTÈRE D'ORDRE PUBLIC DES DÉLAIS D'ACTION.....	229
<i>Sous-section 1. Exceptions générales</i>	<i>230</i>
§ 1 ^{er} . La force majeure	230
§ 2. L'erreur excusable.....	235
§ 3. Les faits nouveaux.....	239
<i>Sous-section 2. Des exceptions spéciales à certains délais d'action.....</i>	<i>242</i>
§ 1 ^{er} . Dans le contentieux de la fonction publique	242
<i>A) Le cas des « opérations juridiques complexes ».....</i>	<i>242</i>
<i>B) Le principe de bonne foi.....</i>	<i>243</i>
§ 2. Le cas des actes inexistants	245
§ 3. Le renvoi d'une affaire d'un juge communautaire à l'autre	245
CHAPITRE V — LA FIN DE NON-RECEVOIR RELATIVE AU RECOURS PARALLÈLES.....	247
SECTION 1. LE RECOURS PARALLÈLE QUI NE RELÈVE PAS DE LA JURIDICTION COMMUNAUTAIRE.....	249

§ 1 ^{er} . <i>L'apparition du moyen dans la jurisprudence et les hésitations de la Cour de justice</i>	249
---	-----

A) La notion en droit communautaire	249
---	-----

B) Les hésitations de la Cour de justice	252
--	-----

1. <i>La première reconnaissance</i>	252
--	-----

2. <i>La phase du déni</i>	253
----------------------------------	-----

3. <i>Le retour à la reconnaissance</i>	255
---	-----

§ 2. <i>Un moyen d'ordre public communautaire</i>	258
---	-----

A) Le principe de subsidiarité, fondement du moyen d'ordre public relatif au recours parallèle	259
--	-----

B) L'ambiguïté tenant au fondement du moyen d'ordre public relatif au recours parallèle	264
---	-----

§ 3. <i>L'avenir du moyen d'ordre public relatif au recours parallèle dans le cadre de la responsabilité contractuelle (entre la théorie et l'application)</i> ...	271
--	-----

A) En droit français.....	Erreur ! Signet non défini.
---------------------------	------------------------------------

B) L'état en droit communautaire	Erreur ! Signet non défini.
--	------------------------------------

SECTION 2. LES RECOURS PARALLÈLES QUI RELÈVENT DE LA COMPÉTENCE DU JUGE COMMUNAUTAIRE	278.
---	------

§ 1 ^{er} . <i>Le parallélisme entre le renvoi en appréciation et le recours en annulation</i>	278.
--	------

§ 2. <i>Le moyen tiré de l'existence de recours relevant de la compétence du juge communautaire</i>	Erreur ! Signet non défini. 283
---	--

CONCLUSION — LE MOYEN D'ORDRE PUBLIC RELATIF AU RECOURS PARALLÈLE PORTE-T-IL ATTEINTE AU DROIT AU JUGE ?	286
--	-----

CHAPITRE VI — LES MOYENS RELATIFS À L'INSTANCE	291
--	-----

SECTION 1. LES FORMES DE LA REQUÊTE.....	292
--	-----

SECTION 2. LE RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE DURANT L'INSTANCE	298
--	-----

DEUXIÈME PARTIE — LES MOYENS DE FOND D'ORDRE PUBLIC.....	303
--	-----

INTRODUCTION — LA NOTION DE MOYEN DE FOND EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	305
---	-----

CHAPITRE I^{er} — LE MOYEN RELATIF À L'INCOMPÉTENCE DE
L'AUTEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE 309

SECTION 1. L'INCOMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DE L'AUTEUR DE L'ACTE
COMMUNAUTAIRE..... 311

§ 1^{er}. *L'incompétence des institutions des Communautés européennes* 311

§ 2. *L'incompétence des fonctionnaires de la Commission européenne* 313

SECTION 2. L'INCOMPÉTENCE *RATIONE TEMPORIS* DE L'AUTEUR DE L'ACTE
COMMUNAUTAIRE..... 315

§ 1^{er}. *Les délais de notification des projets d'aides à la sidérurgie* 316

§ 2. *Les délais limitant le pouvoir de la Commission de prendre une
décision à l'égard d'une aide notifiée* 319

CHAPITRE II — LE MOYEN RELATIF A LA VIOLATION DES FORMES
SUBSTANTIELLES 325

SECTION PRÉLIMINAIRE. LES FORMES SUBSTANTIELLES EN DROIT
COMMUNAUTAIRE..... 325

§ 1^{er}. *La détermination des formes considérées comme substantielles* 325

A) *La position de la doctrine*..... 327

B) *La position du juge communautaire*..... 331

1. *L'inexistence d'une définition* 331

2. *Le principe : l'évaluation de l'importance de la forme* 332

3. *Les exceptions*..... 334

4. *Les limites au pouvoir du juge communautaire* 338

§ 2. *L'incidence de la nature du vice de forme sur la détermination des
formes considérées comme substantielles*..... 340

§ 3. *Les formes substantielles et leur caractère d'ordre public* 343

SECTION 1. LA VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES RELATIVES À L'ASPECT
EXTÉRIEUR DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE 347

Sous-section 1. Le défaut de motivation 347

§ 1^{er}. *La motivation de l'acte communautaire*..... 348

A) *L'obligation de motivation* 348

B) *Le contenu de l'obligation*..... 349

C) <i>La délimitation du champs d'application de l'obligation de la motivation</i>	352
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation de l'acte communautaire	357
A) <i>Principe</i>	357
B) <i>Le fondement du caractère d'ordre public de l'obligation de motivation</i>	363
C) <i>La délimitation du caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut de motivation</i>	366
Sous-section 2. <i>Le défaut d'authentification des actes communautaires</i>	369
§ 1 ^{er} . L'authentification des actes communautaires	369
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification	371
A) <i>Principe</i>	371
B) <i>Le fondement du caractère d'ordre public de l'authentification</i>	373
C) <i>Etendue du caractère d'ordre public du moyen relatif au défaut d'authentification</i>	374
§ 3. Le fondement du caractère d'ordre public relatif au défaut d'authentification et les possibilités d'interaction avec d'autres moyens d'ordre public	377
SECTION 2. LA VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES D'ÉLABORATION DE L'ACTE COMMUNAUTAIRE	379
Sous-section 1. <i>L'irrégularité ou le défaut de consultation</i>	379
§ 1 ^{er} . L'irrégularité ou le défaut de consultation du Parlement européen ..	381
A) <i>Le caractère d'ordre public de la consultation du Parlement européen</i>	383
B) <i>Le caractère d'ordre public de la reconsultation du Parlement européen</i>	387
C) <i>Les conséquences du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'irrégularité ou au défaut de consultation du Parlement européen</i>	388
D) <i>Le fondement du caractère d'ordre public du moyen relatif à l'irrégularité ou au défaut de consultation du Parlement européen</i>	391
§ 2. L'irrégularité ou le défaut de consultation d'autres organes consultatifs communautaires.....	395

<i>A) La consultation du Comité économique et social</i>	<i>395</i>
<i>B) La consultation des comités de gestion ou de réglementation</i>	<i>397</i>
<i>C) La consultation de comités scientifiques ou techniques</i>	<i>401</i>
<i>D) La consultation de la Banque centrale européenne</i>	<i>404</i>
§ 3. Le défaut de consultation des Etats membres	407
<i>Sous-section 2. L'irrégularité dans la procédure de codécision ou d'avis conforme</i>	<i>410</i>
§ 1 ^{er} . La procédure de codécision.....	411
§ 2. L'avis conforme du Parlement européen	417
<i>Sous-section 3. La violation des droits de la défense dans les procédures administratives.....</i>	<i>421</i>
§ 1 ^{er} . La place éminente des droits de la défense dans l'ordre juridique communautaire	421
§ 2. Le caractère d'ordre public du moyen relatif à la violation des droits de la défense.....	425
<i>A) Le caractère d'ordre public du moyen dans le cadre de la phase précontentieuse du recours en manquement</i>	<i>428</i>
<i>B) Le caractère d'ordre public du moyen dans la procédure administrative de contrôle des aides d'Etat</i>	<i>435</i>
1° La procédure de l'article 88, § 2	437
2° La procédure préliminaire de l'article 88, § 3.....	441
<i>C) Existe-t-il des atténuations au caractère d'ordre public des droits de la défense ?</i>	<i>446</i>
1° Les droits de la défense limités par le secret des affaires ?.....	446
2° Les droits de la défense et les décisions insignifiantes	450

TROISIÈME PARTIE — LA MISE EN ŒUVRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC.....457

CHAPITRE I^{er} — L'INVOCATION D'UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC PAR LES PARTIES.....461

SECTION 1. L'INVOCATION DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC À TOUT MOMENT DE LA PROCÉDURE

§ 1 ^{er} . <i>Devant le juge communautaire statuant en première instance ou en premier et dernier ressort</i>	461
§ 2. <i>Devant le juge communautaire statuant sur pourvoi</i>	464
SECTION 2. LES PERSONNES POUVANT INVOQUER UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC ...	467
CHAPITRE II — LE POUVOIR DU JUGE COMMUNAUTAIRE DE SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC	473
SECTION 1. LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC SOULEVÉS D'OFFICE PAR LE JUGE COMMUNAUTAIRE	473
SECTION 2. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DU JUGE COMMUNAUTAIRE DE SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC AU REGARD DE L'OBJET DU LITIGE	477
SECTION 3. SOULEVER D'OFFICE UN MOYEN D'ORDRE PUBLIC : FACULTÉ OU OBLIGATION ?	481
CHAPITRE III — L'INVOCATION DU MOYEN D'ORDRE PUBLIC FACE AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE	485
SECTION 1. LES MOYENS D'IRRECEVABILITE	486
SECTION 2. LES MOYENS DE FOND	489
CHAPITRE IV — LA SANCTION DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE	493
SECTION 1 LE RÉGIME DES FINS DE NON-RECEVOIR	493
§ 1 ^{er} <i>La régularisation pour des raisons antérieures à l'introduction du recours</i>	494
§ 2 <i>La régularisation liée à des faits survenus au cours de l'instance</i>	496
SECTION 2 LE RÉGIME DES MOYENS DE FOND	500
§ 1 ^{er} <i>La régularisation des vices de forme substantielle</i>	500
§ 2. <i>La nullité écartée en l'absence de motifs de régularisation</i>	506
CONCLUSION GÉNÉRALE	513
BIBLIOGRAPHIE	523
INDEX DE JURISPRUDENCE	539
TABLE DES MATIÈRES	547